

## บทที่ 2

### วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต และหลักการพื้นฐานการยกเลิกและเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

เนื้อหาในบทที่ 2 เป็นเนื้อหาเกี่ยวกับแนวความคิดและทฤษฎีที่ใช้ในการวิเคราะห์ปัญหา โดยสามารถแบ่งเนื้อหาที่เกี่ยวข้องได้เป็น 3 ส่วน ได้แก่ 1. วิวัฒนาการของการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในประเทศไทย 2. แนวคิด ทฤษฎีที่มีบทบาทต่ออำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และ 3. ความหมายของคำสั่งทางปกครอง และหลักการพื้นฐานของการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

ในหัวข้อวิวัฒนาการของการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในประเทศไทย จะกล่าวถึงวิวัฒนาการของการป้องกันและปราบปรามการทุจริตภายในประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน นับแต่สมัยสุโขทัย กรุงศรีอยุธยา ไปจนถึงปัจจุบันที่การป้องกันและปราบปรามการทุจริตได้ถูกพัฒนาให้มีความสำคัญระหว่างประเทศ เพื่อแสดงถึงการให้ความสำคัญของภารกิจในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตที่มีแนวโน้มมากขึ้นเรื่อยๆ และมีการเรียกร้องให้มีมาตรฐานร่วมกันในระดับสากลประเทศ

ในหัวข้อแนวความคิด ทฤษฎีในการตรวจสอบอำนาจรัฐที่มีบทบาทต่ออำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ จะกล่าวถึงแนวคิดที่ให้ความหมายของการทุจริต ความสัมพันธ์ของอำนาจรัฐและประโยชน์ส่วนบุคคลที่เกิดขึ้นในการทุจริต มูลเหตุของการทุจริต และแนวคิด ทฤษฎีการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ โดยเฉพาะในส่วนเกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ตลอดจนบทบาทและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป.ป.ช. เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจถึงหลักการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

ในหัวข้อความหมายของคำสั่งทางปกครอง และหลักการพื้นฐานของการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง จะกล่าวถึงความหมายของคำสั่งทางปกครอง รวมถึงความหมายของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในรูปแบบต่างๆ ทั้ง การออกกฎ การปฏิบัติการทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง ซึ่งเรียกโดยรวมว่า การกระทำทางปกครอง เนื้อหาจะเน้นในส่วนหลักกฎหมายที่ใช้ในการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ปัญหาการยกเลิกหรือเพิกถอนการอนุมัติหรือการอนุญาตให้สิทธิประโยชน์หรือเอกสารสิทธิอันเนื่องมาจากการ

กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 99

## 2.1 วิวัฒนาการของการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในประเทศไทย

ปัญหาการทุจริตในระบบราชการเกิดขึ้นนับตั้งแต่เริ่มมีระบบการปกครองที่มีการมอบหมายให้บุคคลมีและใช้อำนาจในการปกครองแทนรัฐ ซึ่งประเทศไทยมีวิวัฒนาการของการปกครองประเทศเช่นเดียวกับรูปแบบการปกครองในต่างประเทศ ตั้งแต่กรุงสุโขทัยเป็นราชธานีซึ่งมีลักษณะการปกครองแบบพ่อปกครองลูก ลักษณะทางกฎหมายจะเหมือนกฎหมายในสังคมโบราณอื่นๆ ที่กฎหมายคือหลักธรรมและจารีตประเพณีในสังคมนั้นๆ กระบวนการรับเรื่องราวร้องทุกข์จะกระทำโดยวิธีสั้นกระดิ่ง เมื่อพ่อขุนรามคำแหงได้ขึ้นก็จะมีการสอบสวนเพื่อพิจารณาให้ความเป็นธรรม การปกครองในสมัยสุโขทัยจะมีลักษณะแบบพ่อปกครองลูก บทบาทของผู้ปกครองจึงเหมือนกับพ่อบ้านกับลูกบ้าน (Patriarchal Ruler)<sup>1</sup>

ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยา ลักษณะการปกครองจะเป็นแบบธรรมราชา คือ ผู้เปี่ยมด้วยคุณธรรมจนผู้คนยอมรับยกย่องให้เป็นผู้นำ<sup>2</sup> ซึ่งการใช้อำนาจของกษัตริย์หรือราชาจะต้องเป็นผู้นำที่นำความสุขใจและความยินดีมาสู่ประชาชนด้วยธรรมที่มีอยู่ในองค์พระมหากษัตริย์ ในการปกครองบ้านเมืองจะใช้คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทที่ใช้ในการปกครองแผ่นดิน และใช้กฎหมายไทยเดิมที่เรียกว่า “พระอัยการ” หรือ “พระไอยการ” ซึ่งหมายถึง กฎหมายพื้นฐานของแผ่นดิน (Basic Law) โดยทุกคนจะต้องปฏิบัติตาม และหากมีปัญหาเกี่ยวกับพระอัยการพระมหากษัตริย์ซึ่งมีหน้าที่ให้ความยุติธรรมจะต้องมีพระราชวินิจฉัย ซึ่งได้ปรากฏหลักฐานเกี่ยวกับการพิจารณาคดีและการลงโทษผู้กระทำผิดในเรื่องที่เกี่ยวกับการปกครองและการลงโทษ ผู้ทุจริต คือกฎหมายตราสามดวงบทพระไอยการอาญาหลวง ประกาศใช้ใน พ.ศ. 1895 รัชสมัยของสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) ผู้สถาปนาพระนครศรีอยุธยาเป็นราชธานี บทบัญญัติในพระไอยการอาญาหลวงส่วนใหญ่เป็นบทลงโทษข้าราชการที่ประพฤติมิชอบ และต่อมาได้มีการยกเลิกเปลี่ยนมาประกาศในกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2450 และประมวลกฎหมายอาญาในเวลาต่อมา<sup>3</sup>

<sup>1</sup> จาก ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (น. 70), โดย แสวง บุญเฉลิมวิภาส, 2545, กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

<sup>2</sup> แหล่งเดิม.

<sup>3</sup> จาก ปัญหาที่เกิดขึ้นจากอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายและวิธีปฏิบัติงานของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต), โดย ไชยยันต์ ลิ้มกาญจนพันธ์, 2545, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ในยุครัตนโกสินทร์มีการชำระสะสางกฎหมาย อัน ได้แก่ กฎหมายตราสามดวงที่มีความสำคัญในทางประวัติศาสตร์ ภายหลังที่บ้านเมืองมีการเปลี่ยนแปลงและมีการรับกฎหมายสมัยใหม่จากตะวันตกเข้ามา ประเทศไทยได้มีการปรับตัวเข้าสู่ยุคสมัยใหม่จนกระทั่งมีการปรับปรุงระบบบริหารราชการแผ่นดิน การปฏิรูปการศาลและกฎหมายในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งต่อมาประเทศไทยได้มีการจัดทำกฎหมายลักษณะต่างๆ ที่มีความเป็นสากลออกมาใช้บังคับ ในส่วนของกฎหมายที่ใช้ในการแก้ไขปัญหาการทุจริต ได้มีการตรากฎหมายขึ้นมาหลายฉบับและได้มีการก่อตั้งองค์กรขึ้นมาดูแลปัญหาดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ในปี พ.ศ. 2475 ได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินขึ้น และต่อมาก็ได้มีการจัดตั้งองค์กรขึ้นมาดูแลในเรื่องดังกล่าวเป็นการเฉพาะ ได้แก่ สำนักงานตรวจและติดตามผลการปฏิบัติราชการ (ก.ต.ป.) มีอำนาจหน้าที่ตรวจและติดตามการปฏิบัติงานตามกฎหมาย ระเบียบแบบแผนและนโยบายของรัฐบาลรวมทั้งสืบสวนเกี่ยวกับกรณีฉ้อราษฎร์บังหลวง<sup>4</sup>

ภายหลังเหตุการณ์รัฐประหารเมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 2516 ซึ่งถือเป็นเหตุการณ์ที่มีบทบาทต่อนโยบายการป้องกันและปราบปรามการทุจริตของประเทศไทย เพราะหลังจากการรัฐประหารครั้งดังกล่าว นายสัญญา ธรรมศักดิ์ ได้รับการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ซึ่งท่านได้ตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันว่าเป็นปัญหาที่จำเป็นต้องมีนโยบายในการป้องกันและปราบปรามอย่างจริงจังและต่อเนื่อง ประกอบทั้งปัญหาขององค์กรตำรวจซึ่งมีบทบาทในการปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชันในขณะนั้นไม่อาจบรรเทาปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันได้ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ (คณะกรรมการ ป.ป.ป.) จึงได้รับการแต่งตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามความในข้อ 9 (6) แห่งประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 218 ลงวันที่ 29 กันยายน 2515 โดยมีนายสัญญา ธรรมศักดิ์ นายกรัฐมนตรี เป็นประธานกรรมการ แต่น่าเสียดายที่ปัญหาทางการเมืองในช่วงเวลาดังกล่าวได้ทำให้นายสัญญา ธรรมศักดิ์ ลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี เป็นผลให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการต้องถูกยกเลิกไปด้วย หลังจากนั้นในปี พ.ศ. 2517 นายสัญญา ธรรมศักดิ์ ได้รับการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีอีกครั้ง ซึ่งในยุคนี้เองที่นโยบายการป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชันได้รับการดำเนินการอย่างต่อเนื่องเป็นต้นมา โดยเมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2518 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติ

<sup>4</sup> จาก *กฎหมายกับการฉ้อราษฎร์บังหลวง*. การฉ้อราษฎร์บังหลวง หนังสือชุดแผ่นดินไทย เล่ม 1 (น.27), โดย ชานินทร์ กรีวิเชียร, 2520, กรุงเทพฯ: สำนักเลขาธิการคณะกรรมการรัฐมนตรี.

ป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. 2518 กำหนดให้จัดตั้งสำนักงาน ป.ป.ป. สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี ขึ้นเป็นครั้งแรก<sup>5</sup>

คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ ในวาระเริ่มแรกได้ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อเสริมสร้างการทำงานขององค์กรตำรวจ แต่กระนั้นก็ตาม คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการก็ยังมีข้อจำกัดหลายประการที่ทำให้การทำงานไม่ได้ผลเท่าที่ควร โดยเฉพาะข้อจำกัดที่มีสาเหตุมาจากความอิสระและเป็นกลางของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ และการที่ผลการพิจารณาของคณะกรรมการไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายต่อผู้กระทำความผิด ประกอบกับแนวคิดในการปฏิรูปการเมืองที่มุ่งให้หลักประกันต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยให้ความสำคัญกับการถ่วงดุลและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่มากขึ้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงได้กำหนดให้มี “คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ” (คณะกรรมการ ป.ป.ช.) เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ มีบทบาทเป็นองค์กรหลักในการควบคุมตรวจสอบการทุจริต และการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างและกลไกในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้ครอบคลุมถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกระดับ แบ่งภารกิจที่สำคัญได้เป็น 3 ด้าน คือ ด้านการป้องกันการทุจริต ด้านการตรวจสอบทรัพย์สิน และด้านการปราบปรามการทุจริต

ต่อมามีการแก้ไขรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ โดยประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่ยังคงสาระสำคัญในเรื่องการป้องกันและปราบปรามการทุจริตไว้ โดยให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ในการไต่สวนและวินิจฉัยเจ้าหน้าที่ของรัฐตั้งแต่ผู้บริหารระดับสูงหรือข้าราชการ ซึ่งดำรงตำแหน่งตั้งแต่ผู้อำนวยการกองหรือเทียบเท่าขึ้นไป ร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม รวมทั้งดำเนินการกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการในระดับต่ำกว่าที่ร่วมกระทำความผิดกับผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว หรือกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือที่กระทำความผิดในลักษณะที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเห็นสมควรดำเนินการด้วย นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้มีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในระดับจังหวัดทุกจังหวัดเพื่อให้การทุจริตและการใช้อำนาจ

<sup>5</sup> จาก *เผยแพร่ภารกิจของคณะกรรมการ ป.ป.ช.* พิมพ์เนื่องในโอกาสวันจัดตั้งสำนักงาน ป.ป.ช. ครบรอบ 4 ปี โดย สำนักงาน ป.ป.ช. , 2547, กรุงเทพฯ: ศรีอนันต์การพิมพ์.

ที่มีขอบโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับการควบคุมตรวจสอบอย่างทั่วถึง และเพื่อประโยชน์ในการเสริมสร้างจิตสำนึกในการต่อต้านการทุจริต

สำหรับความร่วมมือในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2546 ประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (United Nations Convention against Corruption-UNCAC, 2003) ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศด้านการต่อต้านการทุจริตฉบับแรกในระดับนานาชาติที่ครอบคลุมประเทศต่างๆ ทั่วโลก สารสำคัญของอนุสัญญานี้มีเนื้อหาครอบคลุมมาตรการและกฎเกณฑ์การต่อต้านการทุจริตอย่างเป็นระบบได้แก่ มาตรการป้องกัน (Chapter 2 Preventive Measures) การกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาและการบังคับใช้กฎหมาย (Chapter 3 Criminalization and Law Enforcement) ความร่วมมือระหว่างประเทศ (Chapter 4 International Cooperation) และการติดตามสินทรัพย์คืน (Chapter 5 Asset Recovery) ซึ่งเป็นเรื่องใหม่ที่มีความสำคัญในการต่อต้านการทุจริตคอร์รัปชันข้ามชาติหรือมีความซับซ้อน ถึงแม้จะยังมีบางพันธกรณีในประเทศไทยยังไม่สามารถปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าวได้เพราะยังไม่มียกหมายรองรับอย่างเพียงพอ เช่นในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและการติดตามสินทรัพย์คืน แต่การให้สัตยาบันเป็นภาคีย่อมช่วยให้การปฏิบัติตามพันธกรณีของอนุสัญญาดังกล่าวมีความเป็นไปได้มากขึ้น เพราะการบรรลุเป้าหมายและวัตถุประสงค์ จำเป็นจะต้องได้รับความร่วมมือจากนานาชาติอย่างกว้างขวาง ทั้งข้อบทต่างๆ ของอนุสัญญายังมีเนื้อหาและหลักการที่ยืดหยุ่นและไม่บีบบังคับโทษสำหรับการละเมิดพันธกรณีแต่อย่างใด การที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญานี้เป็นผลดีต่อประเทศในประการอื่นอีกคือ ช่วยผดุงรักษาสถาบันในระบบอบประชาธิปไตย พัฒนาคุณค่าทางจริยธรรม สร้างค่านิยมในการยึดมั่นหลักสุจริตธรรม (Integrity) ประชาชนเข้าถึงความยุติธรรมอย่างแท้จริง และส่งเสริมหลักนิติธรรมตามหลักการและเหตุผลของอนุสัญญา UNCAC ในขณะที่เดียวกันจะช่วยรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศ ช่วยแก้ไขภาพพจน์ของประเทศไทยในเรื่องการทุจริตคอร์รัปชันซึ่งตกต่ำลงอย่างมาก และทำให้หน่วยงานของไทยสามารถได้รับความช่วยเหลือระหว่างประเทศทางวิชาการและการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการทุจริตคอร์รัปชันจากรัฐภาคี<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส วิสูตร ตูยานนท์ ขจิต จิตตเสวี บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, วิจัย เรื่อง การศึกษาพันธกรณีและความพร้อมของประเทศไทยในการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003, ทูตวิจัยสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, 2551, น.2.

## 2.2 แนวความคิด ทฤษฎีในการตรวจสอบอำนาจรัฐที่มีบทบาทต่อการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

### 2.2.1 แนวความคิดในการนิยามการทุจริตคอร์รัปชัน

ทุจริต ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติไว้ว่าเป็นความประพฤติชั่ว ถ้าเป็นความประพฤติชั่วทางกาย เรียกว่า กายทุจริต ถ้าเป็นความประพฤติชั่วทางวาจา เรียกว่า วาจาทุจริต ถ้าเป็นความประพฤติชั่วทางใจ เรียกว่า มโนทุจริต การโกง เช่น การทุจริตในการสอบ คดโกง ล้อโกง เช่น ทุจริตต่อหน้าที่ ไม่ซื่อตรง<sup>7</sup>

การทุจริต เป็นวิธีการหรือการกระทำใดๆ ก็ตามที่บุคคล หรือกลุ่มบุคคลใดกระทำขึ้นมาเพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์อย่างไม่เป็นธรรม โดยผู้กระทำการทุจริตนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่มด้วยกันตามแหล่งที่มา กลุ่มแรกคือ บุคคลภายในองค์กร โดยอาจเป็นพนักงานประจำหรือพนักงานชั่วคราวในปัจจุบันที่อยู่ในแผนกต่างๆ หรืออาจเป็นอดีตพนักงานที่ได้ลาออกไปแล้ว ส่วนกลุ่มที่สองคือ บุคคลภายนอกองค์กร โดยอาจเป็นผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับองค์กร และคู่สัญญา เป็นต้น หรืออาจเป็นบุคคลทั่วไปที่ไม่เกี่ยวข้องกับองค์กรเลยก็เป็นได้<sup>8</sup>

คำว่า Corruption นั้น Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายว่า เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการกระทำที่ชั่วช้า เจตนาที่จะหลีกเลี่ยงกฎหมาย รวมทั้งเป็นการกระทำที่ขัดต่อตำแหน่งหน้าที่และสิทธิของผู้อื่น นอกจากนี้ยังหมายรวมถึงการที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ โดยการรับหรือยอมรับผลประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น

คำว่า Corruption ในปัจจุบันเป็นคำที่มีความหมายกว้างและใช้สื่อสารกันโดยทั่วไป และคำในภาษาอังกฤษเองก็มีความหมายกว้างเช่นกัน หากพิจารณาจากที่มาของคำศัพท์นั้นก็มาจากภาษาละตินและภาษาฝรั่งเศสสมัยเก่า คือ Corruption มีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า Corruptio มีคำแปลและความหมายหลายนัย<sup>9</sup> คือ

1. การเปลี่ยนแปลงหรือผันแปรไปในทางที่เลว การกระทำ การกลับกลายหรือกำลังเป็นไปในทางที่เลวร้าย
2. ความประพฤติไม่ดีหรือชั่วร้าย ความเสื่อมทราม

<sup>7</sup> จาก *นักการเมืองไทย: จริยธรรม ผลประโยชน์ทับซ้อน การคอร์รัปชัน: สภาพปัญหา สาเหตุ ผลกระทบ แนวทางแก้ไข* (น.117), โดย พรศักดิ์ ผ่องแผ้ว และคณะ, 2549, กรุงเทพฯ: สายธาร.

<sup>8</sup> *แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการถือราชฎ์บังหลวง (ตอนที่ 1)*, สืบค้น 17 เมษายน 2558, จาก <http://www.fpo.go.th/S-I/Source/Article/Article42.htm> ,

<sup>9</sup> พรศักดิ์ ผ่องแผ้ว. “ความหมายของคอร์รัปชัน.” สืบค้น 17 เมษายน 2558, จาก [government.polsci.chula.ac.th/Article/corruption.doc](http://government.polsci.chula.ac.th/Article/corruption.doc) ,

### 3. เลื่อมสลายหรือนำเปื้อน

#### 4. สิ่งของหรืออิทธิพลที่ใช้ในทางที่ผิด

รองศาสตราจารย์ สังคีต พิริยะรังสรรค์ ให้ความหมายของพฤติกรรมคอร์รัปชัน ไว้ว่า “คอร์รัปชัน หมายถึง กระบวนการที่บุคคลสาธารณะมุ่งแสวงหาผลประโยชน์ให้แก่ตัวเอง ครอบครัว วงสาคณาญาติ พวกพ้องและคนใกล้ชิด โดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่ กฎหมาย อำนาจที่ได้รับมอบหมายและสถานะในระบบราชการหรืออิทธิพลในทางส่วนตัวเป็นเครื่องมือ ไม่ว่าจะการกระทำความผิดก่อกวนจะผิดกฎหมาย หรืออาจไม่ผิดกฎหมาย ไม่ว่าจะการกระทำความผิดก่อกวนจะนำมาซึ่งผลประโยชน์ทางด้านเงินทองหรือสิ่งตอบแทนหรือไม่ก็ตาม ถ้าหากการกระทำความผิดก่อกวนขัดกับหลักคุณธรรมและจริยธรรมของบุคคลสาธารณะ ขัดกับมาตรฐานความคาดหวังของสาธารณชนที่มีต่อบุคคลสาธารณะ ขัดกับผลประโยชน์ของประชาชนจำนวนมากและขัดกับหลักการแห่งการมีผลประโยชน์ทับซ้อน ก็ถือเป็นการคอร์รัปชันทั้งสิ้น<sup>10</sup>”

โดยที่มีปัญหาเกี่ยวกับการนิยามการคอร์รัปชัน จึงได้มีความพยายามที่จะให้นิยามของการคอร์รัปชัน ซึ่งอาจแยกได้ 3 กลุ่ม คือ กลุ่มที่หนึ่ง คอร์รัปชันที่ใช้นิยามของหน้าที่ของหน่วยงานราชการเป็นศูนย์กลาง (Public-Office-Centered Definitions) กลุ่มที่สอง คอร์รัปชันที่ใช้นิยามของตลาดเป็นศูนย์กลาง (Market-Centered Definitions) และกลุ่มที่สาม คอร์รัปชันที่ใช้นิยามของผลประโยชน์สาธารณะเป็นศูนย์กลาง (Public-Interest-Centered Definitions)

กลุ่มที่หนึ่ง คอร์รัปชันที่ใช้นิยามของหน้าที่ของหน่วยงานราชการเป็นศูนย์กลาง นักวิชาการกลุ่มนี้ (David H. Bayley, G. Myrdal, J.S. Nye) ให้ความหมายของคอร์รัปชันโดยโยงกับปทัสฐาน (Norm) ของผู้ดำรงตำแหน่งราชการที่เบี่ยงเบนไปจากความคิดของระบบราชการสมัยใหม่หรือภาคสาธารณะ Bayley (1966) ให้ความหมายว่า คอร์รัปชันเป็นการแสดงออกของการใช้อำนาจในทางที่ผิดเพื่อหวังผลประโยชน์ส่วนตัวโดยเกี่ยวข้องกับสินบน ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นเงินทองเสมอไป Nye (1967) ให้ความหมายของคอร์รัปชันซึ่งเป็นที่ยอมรับของโลกว่าการอย่างกว้างขวางว่าเป็นพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนจากหน้าที่ตามปกติของราชการอันเนื่องมาจากความสนใจส่วนตัว ในเรื่องของครอบครัวและสมัครพรรคพวกที่ใกล้ชิด การได้ผลประโยชน์ทางด้านเงินทองหรือสถานภาพ หรือการละเมิดกฎเกณฑ์ต่างๆ โดยการใช้อิทธิพลเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว คอร์รัปชันยังครอบคลุมถึงการติดสินบน การให้สิ่งตอบแทนเพื่อเบี่ยงเบนการตัดสินใจของบุคคลที่อยู่ในสถานะปกครอง การเล่นพรรคเล่นพวก การให้การอุปถัมภ์ค้ำจุนด้วยเหตุผลของความสัมพันธ์

<sup>10</sup> “วงแหวนการเมืองไทย 4 ภาคส่วน : จุดเริ่มต้นของการทุจริตคอร์รัปชันแบบไทยๆ.” สืบค้น 17 เมษายน 2558, จาก <http://www.nathoncity.com/paper/1875>,

ใกล้ชิดมากกว่าการคำนึงความถูกต้อง และการจัดสรรทรัพยากร ของทางราชการอย่างผิดกฎหมาย เพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว<sup>11</sup>

กลุ่มที่สอง คอรัปชั่นที่ใช้ नियามของตลาดเป็นศูนย์กลาง หรือใช้ความสัมพันธ์ของการแลกเปลี่ยน (Exchange relations) ความหมายของคอรัปชั่นผูกโยงกับทฤษฎีทางด้านตลาดโดยกลุ่มนักคิดได้เปรียบเทียบสังคมตะวันตกในยุคเริ่มแรก และยุคร่วมสมัยกับสังคมที่ไม่ใช่ตะวันตก ในสังคมแบบหลังนี้ข้าราชการไม่ได้มีปทัสฐานด้านสาธารณะ Van Klaveren กล่าวว่า ข้าราชการที่ฉ้อฉลเห็นหน่วยราชการของตนเองเหมือนเป็นแหล่งทางธุรกิจที่เขาจะแสวงหารายได้ให้ได้มากที่สุด หน่วยราชการจึงกลายเป็นสถานที่ที่มุ่งหากำไรใส่ตัวให้ได้สูงสุด รายได้ของเขาขึ้นอยู่กับสถานการณ์ของตลาดและความสามารถส่วนตัวที่จะหาจุดที่ได้ผลประโยชน์สูงสุดจากความต้องการของประชาชน Nethaniel Leff ได้ให้ความหมายที่สอดคล้องต้องกันว่า คอรัปชั่นเป็นสถาบันที่อยู่เหนือกฎหมาย (extra-legal institution) ที่กระทำโดยปัจเจกบุคคลหรือคณะบุคคลที่ใช้อิทธิพลอยู่เหนือระบบราชการ การดำรงอยู่ของการคอรัปชั่น โดยเนื้อแท้แล้วก็เป็นการแสดงให้เห็นว่าคณะบุคคลเหล่านี้มีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจในระดับที่มากกว่าบุคคลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งรองศาสตราจารย์ สังคิต พิริยะรังสรรค์ เห็นว่า นิยามที่ใช้ตลาดเป็นศูนย์กลางเป็นการให้นิยามของคอรัปชั่นที่กว้างมากขึ้น (ไม่ใช่ใช้แต่กฎหมายเป็นบรรทัดฐาน) คอรัปชั่นแบบนี้มาจากแรงจูงใจของรัฐบาลที่จะเข้าควบคุมตลาด โดย Rose-Ackerman ชี้ว่าระดับของการคอรัปชั่นจะเกี่ยวข้องกับกลไกตลาดและกลไกของระบอบประชาธิปไตย ในขณะที่ Heidenheimer วิเคราะห์คอรัปชั่นจากแง่มุมของพฤติกรรมทางการเมืองที่ดำรงอยู่ทั่วไปโดยอาศัยมาตรฐานของตะวันตกเป็นที่ตั้งและดูถึงความเอาจริงเอาจังหรือความมีน้ำอคน้ำทนของชนชั้นนำและประชาชนที่มีต่อการคอรัปชั่น อย่างไรก็ตาม รองศาสตราจารย์สังคิต พิริยะรังสรรค์มองว่า จุดอ่อนของการนิยามแบบนี้คือ การเน้นว่าบุคคลสาธารณะเท่านั้นที่เป็นตัวแสดงที่สำคัญในการกระทำการทุจริต การอธิบายแบบนี้อาจจะทำให้ไม่สามารถเข้าใจปรากฏการณ์ที่ธุรกิจเอกชนใช้อิทธิพลทั้งโดยตรงและทางอ้อมต่อระบบราชการ และสถาบันการเมือง<sup>12</sup>

กลุ่มที่สาม คอรัปชั่นที่ใช้ नियามของผลประโยชน์สาธารณะเป็นศูนย์กลาง นักคิดส่วนหนึ่งเห็นว่า ความหมายของคอรัปชั่นที่ใช้หน้าที่ของหน่วยงานราชการเป็นศูนย์กลางแคบเกินไป ส่วนความหมายที่ใช้ตลาดเป็นศูนย์กลางก็กว้างเกินไป นักคิดกลุ่มนี้ จึงได้เสนอแนวคิดเรื่อง “ผลประโยชน์สาธารณะ” (Public interest) เป็นทางเลือกที่สาม โดย Carl Friedrich กล่าวว่าไว้ว่า

<sup>11</sup> จาก ทฤษฎีคอรัปชั่น (น.16), โดย สังคิต พิริยะรังสรรค์, 2549, กรุงเทพฯ: ร่วมด้วยช่วยกัน.

<sup>12</sup> แหล่งเดิม.

แบบแผนของคอร์รัปชันเกิดขึ้นได้เสมอ เมื่อไรก็ตามที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในกิจการหนึ่งกิจการใด ไม่ว่าจะเป็งานเฉพาะกิจหรืองานประจำ ถูกจูงใจให้กระทำการไปในทางที่เข้าข้างบุคคลผู้จัดหาสิ่งตอบแทนที่อยู่ในรูปเงินทองหรือสิ่งอื่นๆ อย่างผิดกฎหมาย ด้วยวิธีการดังกล่าวนี้เองเป็นการทำลายผลประโยชน์ของสาธารณะ นายสังสิต พิริยะรังสรรค์ เห็นว่าเนื่องจากแนวความคิดเรื่อง “ผลประโยชน์สาธารณะ” เป็นแนวคิดค่อนข้างกว้างจึงทำให้สามารถตีความได้จากหลายแง่มุม ตัวอย่างเช่น นโยบายด้านสาธารณะเรื่องหนึ่งๆ ของรัฐบาลที่เกิดจากการถกเถียงกันว่าเป็นนโยบายที่น้อยลหรือไม่ ขึ้นอยู่กับการตีความและการวินิจฉัยของคนแต่ละกลุ่ม Lowenstein เห็นว่า นโยบายสาธารณะอาจมาจากความต้องการของผู้ที่ประมูลนโยบายนี้ในราคาสูงที่สุด ซึ่งอาจจะมองได้ว่าเป็นผลประโยชน์ที่ได้แตกต่างจากผลประโยชน์ของสาธารณะ<sup>13</sup>

ได้มีการจำแนกคอร์รัปชันตามหลักเกณฑ์ของสี่ที่สะท้อนตามความอดทนของชุมชน (Community's tolerance) ที่มีต่อการทุจริต โดยจำแนกออกเป็นสีดำ สีเทา และสีขาวตามลำดับสำหรับ Heidenheimer แล้ว การทุจริตสีดำ (Black Corruption) หมายถึงความเห็นพ้องต้องกันเป็นส่วนใหญ่ของชนชั้นนำและของมวลชน ที่เห็นว่าการกระทำนั้นสมควรถูกดำเนิน และเห็นว่าควรจะถูกลงโทษ ส่วนการทุจริตสีเทา (Gray Corruption) เป็นการกระทำที่ชนชั้นนำส่วนหนึ่งเห็นว่าสมควรถูกลงโทษ แต่ชนชั้นนำอีกส่วนหนึ่งเห็นแตกต่างออกไป ในขณะที่เสียงส่วนใหญ่มีความเห็นคลุมเครือ สำหรับการทุจริตสีขาว (White Corruption) เป็นเรื่องที่ชนชั้นนำยอมรับ และเห็นว่าพอจะรับได้ คือไม่เลวร้ายนัก การทุจริตในลักษณะนี้เป็นเรื่องที่ชนชั้นนำและมวลชนส่วนใหญ่ไม่ได้มีการกระตือรือร้นที่จะให้มีการลงโทษ<sup>14</sup>

รูปแบบของการทุจริตคอร์รัปชัน รวมทั้งผลประโยชน์ทับซ้อนในปัจจุบัน มีอย่างน้อยที่สุด 15 แบบ<sup>15</sup> คือ

1. การแสวงหาค่าเช่าทางเศรษฐกิจ เช่น การผูกขาด การให้สัมปทาน และการเรียกเก็บส่วนแบ่งอย่างผิดกฎหมาย โดยการสร้างภาวะการขาดแคลนเทียม เช่น ปัญหาการขาดแคลนน้ำตาล
2. เคารพโตเครซี (Kleptocracy) เป็นการฉกฉวยทรัพย์สินของรัฐมาเป็นของครอบครัวและอาจกระทำโดยการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ

<sup>13</sup> แหล่งเดิม.

<sup>14</sup> “แนวคิด ทฤษฎีการทุจริตคอร์รัปชัน.” สืบค้น 17 เมษายน 2558, จาก

<https://www.l3nr.org/posts/96079>

<sup>15</sup> วิทยากร เชิงกุล. “ที่มา นโยบายรัฐบาลด้านเศรษฐกิจ : การทับซ้อนของผลประโยชน์ทางธุรกิจ (Conflict of Interest).” สืบค้น 17 เมษายน 2558, <http://witayakornclub.wordpress.com/2008/04/22/corrupt/>

3. การมีผลประโยชน์ทับซ้อน สถานการณ์ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีผลได้ผลเสียส่วนตัว และผลดังกล่าวมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจ หรือการกระทำหน้าที่โดยขาดความเที่ยงธรรม
4. การใช้อิทธิพลทางการเมืองหาผลประโยชน์จากตลาดหลักทรัพย์ เช่น การปั่นราคาหุ้นตัวเอง
5. ปกปิดการบริหารงานที่ไม่ถูกต้อง การปิดบังข้อมูลและให้การเท็จ เช่น การทุจริตลำไยและกล้วย
6. การใช้นโยบาย กฎหมาย กฎเกณฑ์ ข้อบังคับต่างๆ อย่างมีอคติและลำเอียง เช่น กรณีการตรวจสอบคุณภาพข้าว หรือโครงการจำนำข้าว เป็นต้น
7. การใช้อิทธิพลทางการค้า แสดงบทบาทเป็นนายหน้าหรือมีผลประโยชน์ทับซ้อนจากการค้าต่างตอบแทน การแลกเปลี่ยนสินค้าเกษตรกับประเทศคู่ค้า เช่น การแลกเปลี่ยนกับเครื่องบินของรัสเซีย
8. การใช้ทรัพยากรของรัฐไปในทางมิชอบ การปลอมแปลงเอกสาร การฉ้อฉล การใช้กองทุนของรัฐไปเพื่อผลประโยชน์ทางการเมือง เช่น การใช้ธนาคารของรัฐในโครงการประชานิยม
9. ไม่กระทำการตามหน้าที่แบบตรงไปตรงมา แต่ใช้ลัทธิพรรคพวกแทน เช่น การจัดซื้อประมูล
10. การให้และการรับสินบน การขู่เชิญบังคับและการให้สิ่งล่อใจ
11. การยอมรับของขวัญที่ไม่ถูกต้อง เช่น เชื้อของขวัญและสินบนมูลค่าสูง
12. ผู้บริหารประเทศทำตัวเป็นผู้อุปถัมภ์รายใหญ่ของประเทศ โดยการใช้นโยบายประชานิยม (นักการเมืองให้เงินทอง หรือสิ่งของของรัฐ เพื่อแลกเปลี่ยนกับการได้รับการสนับสนุนจากประชาชน)
13. ใช้อำนาจของตำรวจ ทหาร และข้าราชการในทางที่ผิด (ข่มขู่ คุกคาม และทำร้ายให้เกิดความเกรงกลัว ในการชุมนุมประท้วงนโยบายรัฐบาล และในการเลือกตั้ง)
14. ทุจริตการเลือกตั้ง ทั้งการซื้อเสียง และการทุจริตด้วยวิธีการต่างๆ
15. การบริจาคม เพื่อช่วยเหลือการรณรงค์ที่ผิดกฎหมาย (การบริจาคมให้แก่ นักการเมือง และพรรคการเมืองรัฐบาล เพื่อที่จะมีอิทธิพลต่อการกำหนดนโยบาย และการออกกฎหมายของรัฐบาล)

### 2.2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการทุจริต

#### 2.2.2.1 ทฤษฎีหัวหน้า - ตัวแทน (Principal - agent theory)

ทฤษฎีหัวหน้า-ตัวแทน เป็นทฤษฎีที่อธิบายถึงโครงสร้างการบริหารงานที่ก่อให้เกิดแรงจูงใจในการทุจริต โดยการวิเคราะห์ปัจจัยที่เป็นตัวกำหนดการคอร์รัปชันของทฤษฎีหัวหน้า -

ตัวแทน มีตัวแสดงอยู่สามตัวคือ หัวหน้า ตัวแทน และผู้อยู่ใต้การอุปถัมภ์ หัวหน้า (Principal) อาจหมายถึง ตัวบุคคล องค์กรและประชาชน หรือบุคคลที่อยู่ในระดับสูงของรัฐบาลก็ได้ ส่วนตัวแทน (Agent) เป็นข้าราชการผู้ได้รับมอบหมาย ให้ดำเนินการกิจที่แน่นอนในนามของ หัวหน้า ในการดำเนินงานแทนหัวหน้า ตัวแทนต้องใช้อำนาจในการวินิจฉัยปัญหาต่างๆ ยิ่งปัญหาซับซ้อนเขตกว้างขวางมาก ตัวแทนก็ต้องใช้อำนาจในการวินิจฉัยเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย ภายใต้เงื่อนไขที่หัวหน้าอาจจะควบคุมการทำงานของตัวแทนไม่ได้ทั้งหมด บุคคลที่สามหรือผู้อยู่ใต้การอุปถัมภ์ (Client) (ซึ่งอาจจะเป็นบุคคลหรือองค์กร) ได้เข้ามามีส่วนได้เสียจากการทำงานของตัวแทน รูปแบบของการปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสามกลุ่มนี้มีหลายรูปแบบ แต่ทฤษฎีของ Klitgaard ให้ความหมายของคอร์รัปชันในแง่ของความแตกต่างระหว่างผลประโยชน์ของหัวหน้า หรือผลประโยชน์ของสาธารณะกับผลประโยชน์ของตัวแทนหรือข้าราชการไว้ว่า “คอร์รัปชันเกิดขึ้นเมื่อตัวแทนไม่ซื่อสัตย์ต่อผลประโยชน์ของหัวหน้าในกระบวนการดำเนินงาน” ทฤษฎีนี้เน้นเรื่องผลประโยชน์ของสาธารณะและกลไกของความรับผิดชอบและการตรวจสอบได้ ในฐานะที่เป็นปัจจัยของกรอบทางสถาบันและทางการเมืองมากกว่าที่จะประเมินผลการกระทำของตัวบุคคลที่เกี่ยวข้อง (ทั้งข้าราชการและผู้อยู่ใต้การอุปถัมภ์) อย่างไรก็ดี ในแง่ของการวิเคราะห์บางครั้งดูเหมือนว่ายังไม่มีความชัดเจนว่าใครคือหัวหน้าและใครคือผู้ที่ตัวแทนต้องแสดงความรับผิดชอบจากหน้าที่การงาน<sup>16</sup>

ธีรภัทร เสรีรังสรรค์ เห็นว่า ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่อธิบายถึง โครงสร้างแรงจูงใจ (incentive structure) ที่ผู้บงการได้กำหนดหรือมอบให้ตัวแทนของตนไปดำเนินการ ตามทฤษฎีแล้ว โครงสร้างแรงจูงใจที่ผู้บงการกำหนดขึ้นนั้นจะมีลักษณะของโครงสร้างที่เหมาะสม (optimal) ในเชิงจิตวิทยาหรือรูปแบบของวัตถุเพื่อที่จะให้ตัวแทนนั้นไปทำงานแทนตนได้อย่างมีประสิทธิภาพ และสนองความต้องการหรือจุดมุ่งหมายของผู้บงการได้เป็นอย่างดี โครงสร้างแรงจูงใจของผู้บงการนั้นอาจจำแนกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ 1. โครงสร้างแรงจูงใจที่เป็นบวกหรือได้ผลประโยชน์จากการกระทำ (carrot) และ 2. โครงสร้างแรงจูงใจที่เป็นลบหรือเสียผลประโยชน์จากการกระทำ (stick)<sup>17</sup>

<sup>16</sup> ทฤษฎีคอร์รัปชัน (น.69-71). เล่มเดิม.

<sup>17</sup> จาก “นักการเมืองไทย : จริยธรรม ผลประโยชน์ทับซ้อนการคอร์รัปชัน: สภาพปัญหา สาเหตุ ผลกระทบ แนวทางแก้ไข” (น.139), โดย ธีรภัทร เสรีรังสรรค์, 2549, กรุงเทพฯ: สายธาร.

### 2.2.2.2 ทฤษฎีค่าเช่าและการแสวงหาค่าเช่า (Rents and Rents – seeking theory)

ทฤษฎีค่าเช่าและการแสวงหาค่าเช่า<sup>18</sup> เป็นทฤษฎีที่ใช้วิเคราะห์ลักษณะการกระทำที่เป็นการคอร์รัปชันผ่านมุมมองของนักเศรษฐศาสตร์ ตามทฤษฎีดังกล่าวได้ให้ความสำคัญกับค่าเช่าทางเศรษฐกิจ (Economic rents) หรือ ค่าเช่า ซึ่งหมายถึง รายได้หรือค่าตอบแทนที่สูงกว่าปกติโดยถือเอาสภาพของตลาดแข่งขันเป็นเกณฑ์ปกติ เพราะเป็นตลาดที่ไม่มีค่าเช่า (Competitive rent-free market) เนื่องจากราคาเท่ากับต้นทุนเพิ่ม (Marginal cost) แต่เพราะว่าตลาดแข่งขันตามทฤษฎีไม่ได้มีอยู่จริง จึงมีการเสนอว่านิยามที่น่าจะเป็นประโยชน์มากกว่าคือ “รายได้ที่สูงกว่ารายได้ขั้นต่ำซึ่งบุคคลหรือบริษัทจะสามารถหามาได้จากทางเลือกอื่น”

นักเศรษฐศาสตร์การเมืองใช้คำว่า “การแสวงหาค่าเช่า” (Rent-seeking) เมื่ออธิบายถึงการทุจริต คำว่า “ค่าเช่า” เป็นคำย่อของ “ค่าเช่าทางเศรษฐกิจ” หมายถึง จำนวนเงินที่จ่ายเป็นพิเศษให้แก่บุคคลบางคนเพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์บางประการ เมื่ออุปทานของสิ่งนั้นถูกจำกัดไว้ บุคคลที่อยู่ในฐานะที่มีอำนาจจะแสวงหาค่าเช่าทางเศรษฐกิจโดยการไปจำกัดอุปทานที่ไม่เป็นไปตามปกติให้เกิดขึ้น Mauro กล่าวว่า “ทั่วทุกหนทุกแห่งในโลก ข้าราชการและบรรดาบุคคลที่อยู่ในอำนาจมักจะวางแผนอย่างไม่รู้เหน็ดเหนื่อยเพื่อให้พวกเขาไปอยู่ในตำแหน่งที่สามารถผูกขาดบางสิ่งบางอย่างได้ แม้เพียงเล็กน้อยที่สุด เพราะโดยสถานะดังกล่าวพวกเขาจะถูกติดสินบนในรูปของค่าเช่าจากการให้สัมปทาน การให้ความเห็นชอบในงบประมาณค่าใช้จ่ายหรือการอนุญาตให้มีการขนส่งสินค้าข้ามชายแดน และการใช้อำนาจอนุญาตและอนุมัติให้เอกชนสามารถกระทำการนั้นได้ เป็นต้น” ตามแนวคิดดังกล่าวได้สะท้อนให้เห็นถึง ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิประโยชน์ของบุคคลกับการใช้อำนาจของข้าราชการ ซึ่งโดยส่วนใหญ่มักกระทำออกมาในรูปแบบของคำสั่งทางปกครองหรือสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ บางสิ่งบางอย่างที่ข้าราชการมุ่งจะผูกขาด ก็คือ อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง การอนุมัติหรือการอนุญาตให้สิทธิประโยชน์บางประการ และการทำสัญญาทางปกครอง ซึ่งอำนาจดังกล่าวจะถูกนำมาใช้ในการแสวงหาค่าเช่าทางเศรษฐกิจ

ค่าเช่าในทางเศรษฐกิจเป็นอีกวิธีหนึ่งของการใช้อำนาจของระบบราชการไปในทางที่ผิดเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล ค่าเช่าเกิดขึ้นเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้สถานะของพวกเขาไปในทางที่ผิดเพื่อรับสินบนหรือเงินที่ไม่สุจริตจากภาคเอกชนเพื่อผลประโยชน์ของตนเอง ค่าเช่าส่วนใหญ่เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการผูกขาด (Monopoly) และเป็นประเด็นที่นักเศรษฐศาสตร์ถกเถียงกันมาเป็นเวลานานแล้วว่าการจะปล่อยให้กลไกตลาดทำหน้าที่แก้ไขปัญหา หรือรัฐควรที่จะเข้าแทรกแซงการทำงานของตลาดเสียเอง นักเศรษฐศาสตร์ส่วนใหญ่เห็นว่า การแสวงหาค่าเช่าทำให้เกิดสถานะการผูกขาด (Monopoly profit) ทำให้เกิดการสูญเสียทรัพยากรทางสังคมไปโดยเปล่าประโยชน์และไม่เกิดผล

<sup>18</sup> ทฤษฎีคอร์รัปชัน (น.63-67). เล่มเดิม.

ผลิต (Unproductive) แต่อย่างไรก็ตาม กล่าวโดยสรุปค่าเช่าเป็นเหตุให้เกิดต้นทุนทางสังคมสูง รวมทั้งทำให้เกิดผลเสียหายต่อสังคมอย่างร้ายแรง

เพราะเหตุที่ค่าเช่าหมายถึงรายได้ที่สูงกว่าปกติจึงเกิดแรงจูงใจให้ผู้คนหันมาทำกิจกรรมที่เรียกว่า “การแสวงหาค่าเช่า” (Rent-seeking) ทฤษฎีการแสวงหาค่าเช่าทางเศรษฐกิจ (Rents – seeking theory) ในระยะแรกเริ่มถูกนำเสนอโดยนักเศรษฐศาสตร์เสรีนิยมที่ต้องการเห็นการแทรกแซงตลาดโดยรัฐ เพื่อให้มีการลดต้นทุนการแสวงหาค่าเช่าที่เพิ่มขึ้นโดยการสร้างค่าเช่าเทียม เหตุผลของนักเศรษฐศาสตร์เหล่านี้ก็คือ เพื่อสร้างความเข้มแข็งให้แก่ตลาดแข่งขัน ซึ่งในทางทฤษฎีแล้วก็คือไม่ควรที่มิใครจะได้รับค่าเช่าทั้งสิ้น ข้อถกเถียงใหม่ในประเด็นนี้ของนักเศรษฐศาสตร์ที่เน้นบทบาทของรัฐ (State economist) ที่สนับสนุนการแทรกแซงของรัฐ โดยการอธิบายว่าความเสียหายที่เกิดจากการแสวงหาค่าเช่าจะสามารถถูกควบคุมโดยรัฐได้อย่างไร Karl ได้ใช้ตัวแปรทางด้านการเมืองและตัวแปรทางสถาบันมาอธิบายต้นทุนทรัพยากรที่สูญเสียไปในกระบวนการแสวงหาค่าเช่าทางเศรษฐกิจ เขาให้ความหมายของการแสวงหาค่าเช่าว่า หมายถึง การกระทำที่พยายามจะสร้าง รักษา หรือเปลี่ยนแปลงสิทธิและสถาบันอันเป็นรากฐานของค่าเช่าแต่ละประเภทโดยวิธีการทั้งที่ผิดกฎหมาย เช่น การให้สินบน และการบีบบังคับด้วยกำลัง และวิธีการที่ถูกกฎหมาย เช่น การวิ่งเต้นชักจูง (Lobby) การโฆษณาป่าวร้อง และการกีดกันทางการเมือง เป็นต้น

Karl ได้นำทฤษฎีการแสวงหาค่าเช่า คอร์รัปชัน และการแลกเปลี่ยนเชิงอุปถัมภ์ (Patron – client exchange) มาเป็นกรอบในการวิเคราะห์การพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศหนึ่งๆ กล่าวได้ว่า ตัวแสดงที่ใช้ในการวิเคราะห์เรื่องคอร์รัปชันของเขาประกอบด้วย 1. ผู้แสวงหาค่าเช่า ซึ่งอาจแสดงเป็นผู้รับการอุปถัมภ์ (Client) และทรัพยากรที่ใช้ในการแสวงหาค่าเช่า เช่น เงิน กำลังคน เวลา ของขวัญ ของกำนัล และอิทธิพล ฯลฯ 2. นักการเมืองและข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ ซึ่งแสดงบทบาทเป็นผู้อุปถัมภ์ (Patron) โดย Karl เชื่อว่าปัจจัยของความสำเร็จในการแสวงหาค่าเช่าประกอบด้วยขนาดของค่าใช้จ่ายในการแสวงหาค่าเช่า และรูปแบบของสิทธิ (Types of rights) ขึ้นอยู่กับการแบ่งสรรอำนาจภายในความสัมพันธ์ระหว่างผู้อุปถัมภ์กับผู้ถูกอุปถัมภ์

### 2.2.2.3 ทฤษฎีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (Conflict of interest theory)

ทฤษฎีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดเรื่องหน้าที่ของหน่วยงานราชการสมัยใหม่หรือองค์กรทางด้านการปกครองสมัยใหม่และแนวคิดเรื่องผลประโยชน์สาธารณะที่เห็นว่าหน่วยงานราชการสมัยใหม่มีภารกิจที่จะต้องปฏิบัติเพื่อผลประโยชน์ของส่วนรวม สำหรับบุคคลสาธารณะซึ่งได้แก่นักการเมืองและข้าราชการที่ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่จากประชาชนจะต้องเป็นผู้ที่มีหลักจริยธรรมในการทำงาน คือปฏิบัติหน้าที่เพื่อผลประโยชน์ของประชาชน มิใช่เพื่อมุ่งแสวงหาความร่ำรวยส่วนตัว ในขณะที่เดียวกันบุคคลสาธารณะต้อง

ปลอดภัยจากอิทธิพลหรือสิ่งล่อใจอันไม่เหมาะสม ทั้งนี้ เพื่อปกป้องการตัดสินใจของบุคคลสาธารณะให้มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง เพราะฉะนั้นหลักการของการจัดกันแห่งผลประโยชน์ในหน่วยงานราชการสมัยใหม่จึงมีไว้เพื่อให้บุคคลสาธารณะสามารถใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยปัญหาต่างๆ ได้อย่างเป็นธรรมซึ่งเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของประชาชนและของรัฐในเวลาเดียวกัน<sup>19</sup>

“การจัดกันแห่งผลประโยชน์” “ความขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม” หรือ “ผลประโยชน์ทับซ้อน” มีผู้ให้ความหมายไว้ ดังนี้<sup>20</sup>

Kenneth Kernaghan ให้ความหมายว่า หมายถึง สถานการณ์ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐมีผลประโยชน์ส่วนตัวอยู่และได้ใช้อิทธิพลตามหน้าที่และความรับผิดชอบทางสาธารณะไปขัดแย้งกับผลประโยชน์ส่วนตัว

Sandra William ให้ความหมายว่า การที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือข้าราชการได้เปิดโอกาสให้เงินหรือผลประโยชน์ส่วนตัวเข้ามามีอิทธิพลต่อหน้าที่และความรับผิดชอบที่จะต้องมีต่อสาธารณะ

Patrick Boyer ให้ความหมายว่า ในสถานการณ์ที่เจ้าหน้าที่รัฐมีผลประโยชน์ส่วนตัวและใช้อิทธิพลหรือจะใช้อิทธิพลของตำแหน่งหน้าที่ไปเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว

Suemas Miller เห็นว่า การจัดกันแห่งผลประโยชน์เป็นสถานการณ์ที่บุคคล (ไม่ว่าจะเป็นปัจเจกบุคคลหรือหมู่คณะ) มีความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับผลประโยชน์ส่วนรวม บุคคลผู้นั้นจะมีการจัดกันในผลประโยชน์ ถ้าหากเขาถูกขอร้องจากบุคคลอื่นให้ตัดสินใจเพื่อผลประโยชน์ของผู้ร้องขอโดยที่ตัวเองก็มีผลประโยชน์ที่แน่นอนจากการเข้าไปแทรกแซงในการดำเนินการอย่างเต็มที่

William ให้ความหมายว่า เป็นสถานการณ์หรือการกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีผลประโยชน์ส่วนตัวทางการเงินสูงพอที่จะกระทบต่อการใช้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเป็นสถานการณ์ที่ดูเสมือนว่าประโยชน์ทางการเงินอาจมีอิทธิพลต่อการใช้อำนาจหน้าที่

คู่มือจริยธรรมของสภาผู้แทนราษฎรสหรัฐอเมริกาให้ความหมายของ “ผลประโยชน์ทับซ้อน” ว่าหมายถึง สถานการณ์ที่การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐขัดกันกับกิจการทางเศรษฐกิจส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น ซึ่งเป็นการเสี่ยงต่อการทำให้ขาดความเป็นกลางในการใช้วิจารณญาณ เป็นความเสี่ยงที่เกิดขึ้นเมื่อมีสิ่งใดก็ตามที่เป็นการช่วยวนที่จะทำเพื่อผลประโยชน์

<sup>19</sup> ทฤษฎีคอร์รัปชัน (น.71). เล่มเดิม.

<sup>20</sup> “นักการเมืองไทย : จริยธรรม ผลประโยชน์ทับซ้อนการคอร์รัปชัน: สภาพปัญหา สาเหตุ ผลกระทบ แนวทางแก้ไข” (น.108). เล่มเดิม.

ส่วนตัว<sup>21</sup> องค์ประกอบของความขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนกับผลประโยชน์ส่วนรวม (Conflict of Interests) นั้น Michael McDonald เห็นว่ามีองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ คือ ประการแรก มีประเด็นเรื่องผลประโยชน์ส่วนบุคคล ซึ่งส่วนใหญ่เป็นผลประโยชน์ทางการเงิน ประการที่สอง เป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่ ประการที่สาม เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยใช้สถานะและขอบเขตของอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่หรือพนักงานของรัฐ โดยเน้นย้ำว่าเป็นประเด็นการขาดจริยธรรมในการปฏิบัติหน้าที่

Ken Kernaghan และ John Langford ได้ประมวลการกระทำที่เข้าอยู่ในข่าย Conflict of Interests<sup>22</sup> ได้แก่

การหาประโยชน์ให้ตนเอง (Self dealing) ได้แก่ การใช้ตำแหน่งหน้าที่เพื่อตนเอง เช่น ข้าราชการใช้อำนาจหน้าที่ทำให้บริษัทตัวเองได้งานรับเหมาจากรัฐหรือฝากลูกหลานเข้าทำงาน

รับผลประโยชน์ (Accepting benefits) คือ การรับสินบนหรือของขวัญ เช่น เจ้าพนักงานสรรพากรรับเงินจากผู้มาเสียภาษี หรือเป็นเจ้าของที่จัดซื้อแล้วไปรับไม้กอล์ฟจากร้านค้า เป็นต้น

ใช้อิทธิพล (Influence padding) เป็นการเรียกผลตอบแทนในการใช้อิทธิพล

ใช้ทรัพย์สินของนายจ้างเพื่อประโยชน์ส่วนตน (Using employer's property for private advantage) ได้แก่ การใช้รถของทางราชการ หรือใช้คอมพิวเตอร์ของทางราชการทำงานส่วนตัว เป็นต้น

ใช้ข้อมูลลับของทางราชการ (Using confidential information) เช่น รู้ว่าราชการจะตัดถนนบริเวณใดแล้วรีบซื้อที่ดินบริเวณนั้นไว้ก่อน

รับงานนอก (Outside employment or moonlighting) ได้แก่ การเปิดบริษัทซ้อนกับบริษัทที่ตนเองทำงาน เช่น เป็นพนักงานขายแอมเวย์ของตัวเองมาขายแข่ง หรือ นักบัญชีที่รับงานส่วนตัวจนไม่มีเวลาทำงานบัญชีในหน้าที่ให้ราชการ

ทำงานหลังออกจากตำแหน่ง (Post-employment) ไปทำงานให้ผู้อื่นหลังจากออกจากงานเดิมโดยใช้ความรู้หรืออิทธิพลเดิมมาชิงงานหรือเอาประโยชน์โดยไม่ชอบธรรม เช่น เอาความรู้ในนโยบายและแผนของธนาคารชาติไปช่วยธนาคารเอกชนหลังเกษียณ

การแสวงหาผลประโยชน์จากการมีผลประโยชน์ทับซ้อนของบุคคลสาธารณะอาจจะเป็นการใช้กฎหมาย การออกเป็นนโยบายของรัฐบาล การออกเป็นมติของคณะรัฐมนตรี การออกกฎหมายใหม่ การแก้ไขหรือการออกกฎระเบียบของทางราชการใหม่ การวิ่งเต้นชักจูง การรับรู้

<sup>21</sup> แหล่งเดิม.

<sup>22</sup> โครงการศึกษาความขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม (Conflict of Interests), โครงการวิจัย สำนักงาน ป.ป.ช., น.362.

ข่าวสารภายใน การอาศัยความสัมพันธ์ส่วนตัว รวมถึงการจัดการที่ไม่ถูกต้อง เช่น “การฮั้ว” และ “การอุ้ม” คู่แข่งขัน เพื่อสร้างตลาดผูกขาด ฯลฯ

การขัดกันแห่งผลประโยชน์สำหรับรัฐบาลอาจไม่ใช่เรื่องผลประโยชน์ทางการเงินเสมอไป แต่อาจเป็นเรื่องของผลประโยชน์ทางการเมืองได้เช่นเดียวกัน ผลประโยชน์ทางการเมืองในที่นี้คือการหาการสนับสนุนหรือการหาคะแนนนิยมจากผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งเพื่อให้ได้รับชัยชนะทางการเมืองหรือการได้รับการสนับสนุนและได้รับความรักดีจากผู้มีสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง การใช้นโยบายของรัฐบาลอาจจะกลายเป็นเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อนได้ เช่น การใช้นโยบายการเมืองของกลุ่มเสียงข้างมาก คือ นโยบายสาธารณะที่ให้ความหวังว่าจะอำนวยความสะดวกแก่คนหมู่มากโดยที่ภาระค่าใช้จ่ายก็เป็นของคนส่วนใหญ่ เช่น นโยบายสวัสดิการสังคม นโยบายของกลุ่มผลประโยชน์ รวมถึงนโยบายสาธารณะที่ให้ประโยชน์แก่คนกลุ่มเล็กๆ และบีบให้คนกลุ่มเล็กๆ อีกเช่นกันที่ต้องแบกรับค่าใช้จ่าย กล่าวคือ เป็นนโยบายทางการเมืองเพื่อผู้อยู่ใต้การอุปถัมภ์โดยมีนโยบายให้ประโยชน์เรื่องใดเรื่องหนึ่งแก่คนกลุ่มเล็กๆ ในขณะที่สังคมจะต้องแบกรับภาระ<sup>23</sup>

### 2.2.3 หลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรม

กฎหมาย เป็นสิ่งที่นำมาใช้ควบคุมความประพฤติของมนุษย์ให้อยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างสงบสุข มนุษย์ได้วางรากฐานกฎเกณฑ์ต่างๆ ไว้ เพื่อควบคุมมนุษย์ด้วยกันเอง และผู้ที่ออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์นั้น หากขาดหลักการที่คอยตีกรอบให้เป็นไปในแนวทางที่ถูกที่ควรก็จะนำไปสู่การใช้ดุลยพินิจตามใจชอบมากจนเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจกดขี่ข่มเหงผู้มีอำนาจน้อยกว่า แนวคิดที่ใช้ตีกรอบไม่ให้การใช้อำนาจเป็นไปโดยอำเภอใจก็คือหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมเปรียบเสมือนเหรียญที่ต้องมีสองด้านและต้องใช้ควบคู่กันไป โดยมีเป้าหมายที่จะจำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมต่างต้องการให้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครองมนุษย์ หมายความว่าผู้ที่ทรงอำนาจบริหารปกครองบ้านเมืองจะกระทำการใดๆ การกระทำนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎหมาย จะกระทำการให้ขัดต่อกฎหมายไม่ได้<sup>24</sup>

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาในรายละเอียดแล้ว จะพบว่าหลักการทั้งสองมีความแตกต่างกันอยู่ หลักนิติรัฐมีเนื้อหาเกี่ยวกับการที่รัฐยอมอยู่ภายใต้กฎหมาย เป็นเรื่องของโครงสร้างลำดับชั้นทางกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายที่กำหนดให้กฎหมายต้องบ่งบอกที่มาและข้อจำกัดของ

<sup>23</sup> ทฤษฎีคอร์รัปชัน (น.75). เล่มเดิม.

<sup>24</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. “นิติรัฐ นิติธรรม.” สืบค้น 3 เมษายน 2558, จาก <http://www.enlightened-jurists.com/directory/60/Rechtstaat-vs-Rules-of-Law.html> ,

อำนาจมหาชน เรื่องการแบ่งแยกอำนาจอย่างสมดุล และเรื่องบทบาทขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ นิติรัฐจะเน้นรูปแบบกับโครงสร้างของกฎหมาย และวิธีการในการไปให้ถึงเป้าหมายตามจุดประสงค์ ส่วนหลักนิติธรรมนั้น ไม่มีรูปแบบแผนที่ชัดเจน ไม่มีกรอบที่แน่นอนตายตัว เปลี่ยนแปลงไปตามกรณี แต่ทางเนื้อหา มีจุดประสงค์ที่ชัดเจนในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้พ้นจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐ และเน้นไปยังกระบวนการที่ถูกต้องเพื่อก่อให้เกิดผลที่ชอบธรรม

ทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมต่างมีทั้งข้อดีในตัวของมันเองและเมื่อใช้หลักการใดแล้วควรมีอีกหลักการประกอบกันอย่างแยกไม่ได้ แต่ทั้งสองหลักการนั้นมีรายละเอียดที่แตกต่างกัน ดังนี้

### 2.2.3.1 หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip)

แนวความคิดเรื่องนิติรัฐเป็นแนวความคิดของประชาชนที่ฝักใฝ่ในสิทธิ ปึงเจกชนนิยม นิติรัฐให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เช่น เสรีภาพในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย เสรีภาพในการประกอบวิชาชีพ และเสรีภาพในทรัพย์สิน เป็นต้น รัฐเป็นเสมือนคนรับใช้ของสังคมที่ต้องถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด และการที่รัฐจะเคารพต่อสิทธิเสรีภาพต่างๆ ได้ รัฐนั้นต้องยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย และรัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ด้วยความยินยอมของประชาชนเท่านั้น<sup>25</sup> แนวความคิดว่าด้วยนิติรัฐมีขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐหรือผู้ปกครองให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย

แนวความคิดที่ว่าจักรวาลดำรงอยู่อย่างเป็นระบบระเบียบเพราะถูกกำกับควบคุมโดยสิ่งที่มีคุณภาพในทางสติปัญญาที่เรียกว่าเหตุผลสากล แนวคิดนี้ปรากฏขึ้นตั้งแต่ในสมัยกรีกโบราณ โดยเฉพาะในปรัชญาของสำนัก Stoicism นักคิดสำนักนี้เชื่อว่ามนุษย์ได้รับประกายแห่งเหตุผลจากเหตุผลสากล มนุษย์ทุกคนจึงเกิดมามีศักดิ์ศรีเหมือนกัน ไม่มีใครเกิดมาในฐานะที่เป็นทาส มนุษย์ทุกผู้ทุกนามมีความสามารถที่จะรู้ว่าอะไรถูกอะไรผิดได้ด้วยตนเอง กล่าวคือ มนุษย์ทุกคนสามารถเข้าถึงกฎหมายธรรมชาติหรือกฎหมายแห่งเหตุผลได้โดยที่ไม่ต้องมีใครช่วยตีความให้ สิทธิตามธรรมชาติ คือสิทธิที่มนุษย์แต่ละคนมีติดตัวมาตามธรรมชาติ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิดังกล่าวนี้มนุษย์แต่ละคนมีอยู่โดยไม่ขึ้นอยู่กับรัฐและไม่ขึ้นอยู่กับกฎหมายบ้านเมือง เป็นสิทธิที่มีอยู่ก่อนมีรัฐ สิทธิตามธรรมชาติที่กล่าวถึงนี้เองที่ต่อมากลายเป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐ<sup>26</sup>

<sup>25</sup> จาก คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (น.127), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2535, กรุงเทพฯ : เรือนแก้วการพิมพ์.

<sup>26</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, “นิติรัฐ นิติธรรม.” สืบค้น 3 เมษายน 2558, จาก <http://www.enlightened-jurists.com/directory/60/Rechtstaat-vs-Rules-of-Law.html>

ในช่วงที่แนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองหรือสำนักปฏิฐานนิยมมีบทบาทต่อการจัดรูปแบบการเมืองการปกครอง พัฒนาการเกี่ยวกับความคิดว่าด้วยนิติรัฐเกิดการเปลี่ยนแปลง โดยถูกให้ความสำคัญแต่เพียงในทางรูปแบบ คำสอนในทางปรัชญากฎหมายของสำนักปฏิฐานนิยมเป็นแนวคิดที่ต้องการสร้างความชัดเจน ความมั่นคง และความแน่นอนให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมาย สำนักคิดนี้ปฏิเสธคำสอนว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติ เพราะเห็นว่าสิทธิตามธรรมชาตินั้นไม่มีอยู่จริง สิทธิเป็นเพียงผลพวงของกฎหมาย กฎหมายที่แท้จริงนำมาซึ่งสิทธิที่แท้จริง แต่ถ้าสิทธินั้นมาจากจิตนาการ หรือจากสิ่งที่เรียกว่ากฎหมายธรรมชาติหรือสิทธิตามธรรมชาติ สิทธิก็เป็นเรื่องที่อยู่โลกนั้ขึ้นมาเท่านั้น สิทธิตามธรรมชาติเป็นเพียงการบิดเบือนทางภาษา คำกวม และสร้างภาพขึ้นจนก่อให้เกิดสภาพบ้านเมืองไร้ชื่อแปร สิทธิในแนวคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติ บอกได้เพียงว่าบุคคลควรทำอะไร แต่ไม่อาจบอกได้ว่าบุคคลสามารถหรือไม่สามารถทำอะไรได้<sup>27</sup> สิทธิตามธรรมชาติจึงเป็นเป็นสิ่งที่เลื่อนลอย จับต้องไม่ได้ ทำให้กฎหมายไม่มีความแน่นอน สำหรับสำนักปฏิฐานนิยมแล้ว กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้น โดยผู้ที่ทรงอำนาจตามกฎหมายต้องถือว่าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับความถูกต้องเป็นธรรม ดังนั้น หลักใหญ่ใจความของนิติรัฐในแนวความคิดของสำนักปฏิฐานนิยมจึงอยู่ที่ความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในบ้านเมือง และการปกป้องคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนโดยใช้กฎหมายที่ตราขึ้นเท่านั้น แม้ว่ารัฐชนินี้จะใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครอง แต่โดยที่ไม่ได้ให้ความสำคัญในทางเนื้อหาโดยเฉพาะอย่างยิ่ง “ความยุติธรรม” ในที่สุดจึงทำให้เกิดรัฐตำรวจ (Polizeistaat) ขึ้น ในรัฐชนินี้ฝ่ายปกครองก็ผูกพันตนต่อกฎหมาย แต่ไม่ต้องสนใจว่ากฎหมายนั้นถูกต้องเป็นธรรมหรือไม่ ปราบฎการณัเช่นนี้ คำว่า “รัฐตำรวจ” จึงได้กลายเป็นคำตรงกันข้ามกับคำว่า “นิติรัฐ” ผลพวงจากการเกิดขึ้นของรัฐตำรวจ ทำให้ในเวลาต่อมาเกิดแรงต้านจากฝ่ายเสรีนิยม จนในที่สุดมโนทัศน์ว่าด้วยนิติรัฐก็ได้รับการพัฒนาโดยกลับมาให้ความสำคัญในทางเนื้อหาควบคู่กันไปกับรูปแบบ กล่าวคือ เป็นนิติรัฐที่เป็นเสรีนิยม คำนึงถึงความยุติธรรม<sup>28</sup> ทำให้ในปัจจุบันเมื่อกล่าวถึงนิติรัฐจะต้องพูดถึงองค์ประกอบทั้งสองด้าน คือ ทั้งในทางรูปแบบ และในทางเนื้อหา

หลักนิติรัฐมีองค์ประกอบสำคัญสองส่วน คือ องค์ประกอบทางรูปแบบ และองค์ประกอบทางเนื้อหา ความเป็นนิติรัฐทางรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นหรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ ทั้งนี้เพื่อจำกัดอำนาจ

<sup>27</sup> จาก ทฤษฎีอาชญาวิทยากับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (น. 84-85), โดย อุทัย อาทิวะช, กรุงเทพฯ: หจก.วี เจ พรินติ้ง .

<sup>28</sup> A. Katz, Staatsrecht, Heidelberg : Mueller, 1999, p. 83, (อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, “นิติรัฐ นิติธรรม”). สืบค้น 3 เมษายน 2558, จาก <http://www.enlightened-jurists.com/directory/60/Rechtstaat-vs-Rules-of-Law.html>

ของรัฐ เมื่อพิจารณาในทางรูปแบบแล้ว ย่อมจะเห็นได้ว่าหลักนิติรัฐมุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล ส่วนความเป็นนิติรัฐทางเนื้อหานั้น ก็คือ การที่รัฐประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร โดยกำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการ โดยยุติธรรมและถูกต้อง ในทางปฏิบัติเป็นไปได้เสมอที่หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะกับหลักความยุติธรรมอาจจะขัดแย้งกัน เป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะพยายามประสานสองหลักการดังกล่าวเข้าด้วยกัน และในบางกรณีจะต้องตัดสินใจว่าจะใช้หลักการใดเป็นหลักการนำ บ่อยครั้งที่องค์กรนิติบัญญัติตัดสินใจเลือกหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะเพื่อประกันความมั่นคงในระบบกฎหมาย เช่น การกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับอายุความไว้ในระบบกฎหมาย เป็นต้น

พิจารณาในทางรูปแบบ หลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการย่อยๆ หลายประการที่สำคัญ ได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกร้องมิให้อำนาจของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ให้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจหรือกระจายการใช้อำนาจของรัฐให้องค์กรต่างองค์กรกันเป็นผู้ใช้ เพื่อให้เกิดการดุลและคานอำนาจกัน โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญของนิติรัฐจะแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐออกเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร และองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐเรียกร้องให้การกระทำขององค์กรนิติบัญญัติต้องผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในรัฐนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายก้ำก๋ว่วงรอบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้ หลักการดังกล่าวนี้ยังเรียกร้องต่อองค์กรบริหาร (โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรฝ่ายปกครอง) และองค์กรตุลาการให้ต้องผูกพันต่อกฎหมาย ซึ่งหมายถึงต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและบรรดากฎหมายต่างๆ ที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้น กล่าวเฉพาะฝ่ายปกครองหลักการดังกล่าวนี้เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการ โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย และในกรณีที่การกระทำทางปกครองมีผลก้ำก๋ว่วงสิทธิเสรีภาพของราษฎร ย่อมจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการเช่นนั้นได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว การกระทำทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมนั้น เรียกร้องให้รัฐกำหนดกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันอย่างมีประสิทธิภาพ เอกชนที่พิพาทกันเองต้องมีหนทางในการนำข้อพิพาทนั้นไปสู่ศาล และ

กฎหมายวิธีพิจารณาคดีในชั้นศาลจะต้องได้รับการออกแบบให้การพิจารณาคดีเป็นไปอย่างรอบด้าน ตลอดจนกำหนดผลผูกพันเด็ดขาดของคำพิพากษาไว้เพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย

หลักนิติรัฐในทางเนื้อหาให้ความสำคัญกับการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับราษฎร กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่ราษฎรจะเข้าใจได้ ยิ่งไปกว่านั้นระบบกฎหมายจะต้องคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลต่างๆ ที่จะต้องคุ้มครองความไว้เนื้อเชื่อใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย โดยหลักแล้วไม่อาจกระทำได้ หลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่บังคับใช้โดยไม่มีข้อยกเว้นในกรณีของกฎหมายอาญาสารบัญญัติ แต่ไม่ได้หมายความว่าหากผลร้ายที่เกิดขึ้นกับปัจเจกบุคคลไม่ใช่โทษทางอาญาแล้ว รัฐสามารถตรากฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคลได้ทุกกรณี การวินิจฉัยว่าการตรากฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคลจะกระทำได้หรือไม่จะต้องพิจารณาองค์ประกอบในแง่ความไว้เนื้อเชื่อใจที่บุคคลมีต่อระบบกฎหมาย ตลอดจนการคาดหมายความคุ้มครองจากระบบกฎหมายของบุคคลประกอบกัน

หลักการสำคัญอีกประการหนึ่งในทางเนื้อหาของนิติรัฐ คือ หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน หลักการนี้เรียกร้องให้การใช้อำนาจอรัฐจะต้องเป็นไปโดยพอเหมาะพอประมาณเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม ในนิติรัฐ รัฐไม่อาจใช้มาตรการใดๆ ก็ได้เพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตนต้องการ การบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมต้องใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่ถูกต้อง พอเหมาะพอประมาณด้วย ดังนั้นแม้ว่าระบบกฎหมายจะมอบเครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายให้องค์กรของรัฐดำเนินการ แต่หากการใช้เครื่องมือหรือมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้ หรือวัตถุประสงค์นั้นอาจบรรลุได้ เพียงแค่ใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่รุนแรงน้อยกว่า หรือแม้ในที่สุดแม้ไม่มีเครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่รุนแรงน้อยกว่า แต่การที่จะบรรลุวัตถุประสงค์นั้นปรากฏว่าทำให้ปัจเจกบุคคลได้รับผลร้ายอย่างรุนแรง ต้องเสียหายเกินกว่าที่จะคาดหมายจากบุคคลนั้น และไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับการใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายนั้นก็ย่อมไม่อาจกระทำได้ในนิติรัฐ<sup>29</sup>

### 2.2.3.2 หลักนิติธรรม (The Rule of Law)

หลักนิติธรรม เป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายอังกฤษ โดยมีเนื้อหาที่สัมพันธ์กับประวัติการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษ ซึ่งนอกจากจะได้รับอิทธิพลจากศาสนาคริสต์

<sup>29</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “นิติรัฐ นิติธรรม.” สืบค้น 3 เมษายน 2558, จาก <http://www.enlightened-jurists.com/directory/60/Rechtstaat-vs-Rules-of-Law.html>

และแนวคิดกฎหมายธรรมชาติแล้ว ด้วยเหตุที่ประเทศอังกฤษมีระบบขุนนางที่มีความเข้มแข็ง และสภาพทางการเมืองการปกครองมีลักษณะเป็นการถ่วงดุลและคานอำนาจระหว่างกษัตริย์และขุนนางอย่างยาวนาน แนวความคิดเรื่องหลักนิติธรรมจึงเกิดขึ้นในช่วงที่ขุนนางและประชาชนต้องการจำกัดพระราชอำนาจของกษัตริย์ ในยุคศักดินาขุนนางนอกจากจะมีอำนาจถือครองที่ดินแทนกษัตริย์ มีกองกำลังของตัวเองในการดูแลผลประโยชน์ที่ดินแล้ว ยังมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นในท้องถิ่นตนด้วยการนำจารีตประเพณีแต่ดั้งเดิมมาตัดสินอันเป็นส่วนหนึ่งของการให้กำเนิดระบบ Common Law สภาพดังกล่าวทำให้กษัตริย์อังกฤษไม่มีอำนาจเหนือแบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาดเหมือนกษัตริย์ในภาคพื้นยุโรป หลักฐานทางความคิดของหลักนิติธรรมในประเทศอังกฤษจะเกิดขึ้นในช่วงที่อิทธิพลของกลุ่มขุนนางสามารถครอบงำอิทธิพลของกษัตริย์ ดังเช่น ในสมัยของพระเจ้าจอห์น กษัตริย์ผู้อ่อนแอของอังกฤษที่ถูกจำกัดอำนาจโดยพวกขุนนาง โดยบังคับให้พระองค์ลงนามในเอกสารกฎบัตรที่ถูกเขียนขึ้นเป็นภาษาละติน เรียกว่า Magna Carta เมื่อเดือนมิถุนายน คริสต์ศักราช 1215 นอกจากนี้พระราชอำนาจของกษัตริย์ถูกจำกัดลงอีกหลายครั้งโดยกฎหมายของรัฐสภา เช่น Petition of Rights, Bill of Rights และ Act of Settlement

นักกฎหมายของอังกฤษที่มีบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งในการช่วยพัฒนาหลักนิติธรรม คือ A.V. Dicey ซึ่งเห็นว่า หลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา และหลักนิติธรรมนั้นย่อมมีเนื้อหาสาระที่สำคัญ คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะในชนชั้นใดย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน บรรดาศาลธรรมดาทั้งหลายจะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว หลักนิติธรรมในความหมายนี้ย่อมปฏิเสธความคิดที่จะยกเว้นมิให้บรรดาเจ้าหน้าที่ทั้งหลายต้องเคารพต่อกฎหมาย บุคคลทั้งหลายย่อมไม่ต้องถูกลงโทษหากไม่ได้กระทำการอันผิดกฎหมาย และไม่มีผู้ใดทั้งสิ้นแม้แต่กษัตริย์ที่จะสามารถอยู่เหนือกฎหมายได้ กล่าวโดยรวมแล้ว Dicey เห็นว่า บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งปวงของรัฐบาลและฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย จะต้องไม่กระทำการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรตามอำเภอใจ หากปรากฏว่ารัฐบาลหรือฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมต้องถูกฟ้องยังศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดา เพราะรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ย่อมจะมีสิทธิพิเศษเหนือกว่าราษฎรไม่ได้<sup>30</sup> หลักนิติธรรมตามแนวความคิดของ Dicey จึงมุ่งเน้นไปที่ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายบริหาร ไม่ได้เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์อื่นใดในการตรากฎหมาย

<sup>30</sup> A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885), London : Macmillan, 1959, p. 195. (อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาศิริตัน, “นิติรัฐ นิติธรรม.”) สืบค้น 3 เมษายน 2558, จาก <http://www.enlightened-jurists.com/directory/60/Rechtstaat-vs-Rules-of-Law.html>

การที่ Dicey อธิบายเนื้อหาของหลักนิติธรรมในแง่ที่คนทุกคนต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมาย และภายใต้ศาลธรรมดาตามหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ส่งผลให้ Dicey ปฏิเสธการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเป็นอีกระบบศาลหนึ่งเคียงคู่ขนานกันไปกับศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดา โดย Dicey เห็นว่าหากจัดให้มีศาลปกครองหรือองค์กรอื่นซึ่งไม่ใช่ศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาทำหน้าที่ตัดสินคดีปกครองแล้ว บรรดาข้าราชการต่างๆ ที่ถูกฟ้องในศาลปกครองว่ากระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบกว่าราษฎรทั่วไป แนวความคิดนี้ได้รับการยึดถือและเดินตามในบรรดาประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายอังกฤษจนถึงปัจจุบันนี้ นอกจากนี้แล้ว บรรดาสิทธิทั้งหลายทั้งปวงของราษฎรนั้นย่อมเกิดจากกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นและเกิดจากกฎหมายประเพณีที่พัฒนามาโดยศาล อาจกล่าวได้ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรอังกฤษไม่ได้รับการคุ้มครองและปกป้องโดยรัฐธรรมนูญ แต่ได้รับการปกป้องและคุ้มครองโดยรัฐสภาและศาล

ในทางทฤษฎี เมื่อยอมรับว่ารัฐสภามีอำนาจสูงสุด จึงอาจเป็นไปได้ที่รัฐสภาเองจะกระทำการอันก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยตรากฎหมายจำกัดตัดทอนสิทธิของบุคคลโดยไม่เป็นธรรม และเมื่อหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอยู่เหนือกว่าหลักนิติธรรมเสียแล้ว ก็ไม่มีอะไรเป็นเครื่องประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการคุกคามโดยรัฐสภาได้ แต่ทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะตามจารีตประเพณีแล้วรัฐสภาจะไม่ตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับหลักนิติธรรม ยิ่งไปกว่านั้นโดยเหตุที่การตรากฎหมายของรัฐสภาย่อมขึ้นอยู่กับการสนับสนุนของรัฐบาล และพรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาลย่อมเป็นพรรคการเมืองที่ครองเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร หากพรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาลซึ่งครองเสียงข้างมากสนับสนุนให้ตรากฎหมายที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างรุนแรงแล้ว ผลที่จะเกิดขึ้นจากการเลือกตั้งครั้งถัดมาย่อมเป็นที่คาดหมายได้ถึงการดำรงอยู่ของพรรคการเมืองนั้นในฐานะรัฐบาล ในที่สุดการตรากฎหมายของรัฐสภาจึงขึ้นอยู่กับเจตจำนงของประชาชน กล่าวให้ถึงที่สุดแล้วประชาชนอังกฤษนั่นเองที่จะเป็น

ศาสตราจารย์ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ กล่าวโดยสรุปไว้ว่า องค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรม คือ ความคาดหมายได้ของการกระทำของรัฐ ความชัดเจนของกฎหมาย ความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ความมั่นคงของกฎหมาย ความเป็นกฎหมายทั่วไปของกฎหมาย ความเป็นอิสระของศาล การเคารพในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ตลอดจนความสะดวกในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม<sup>31</sup>

<sup>31</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "นิติรัฐ นิติธรรม." สืบค้น 3 เมษายน 2558, จาก <http://www.enlightened-jurists.com/directory/60/Rechtstaat-vs-Rules-of-Law.html>

#### 2.2.4 หลักการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายซึ่งให้อำนาจและหน้าที่แก่รัฐแก่หน่วยงานของรัฐ และแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปกครองและจัดทำบริการสาธารณะ อำนาจในการปกครองและจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวก็คือ “อำนาจรัฐ” ซึ่งการใช้อำนาจรัฐนั้น จะต้องเป็นไปตามกฎหมาย นโยบาย และตามความต้องการของประชาชน โดยคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณะเป็นประการสำคัญ<sup>32</sup> อย่างไรก็ตามการปกครองและจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวดังกล่าวอาจไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ว่าจะเกิดขึ้นโดยเจตนาหรือไม่ก็ตาม จึงต้องมีการสร้างระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขึ้นมาเพื่อควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่มีขอบด้วยกฎหมาย และแก้ไขความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน<sup>33</sup>

ระบบการตรวจสอบอำนาจรัฐที่ดีควรมีลักษณะสำคัญ 4 ประการ ดังนี้<sup>34</sup>

1. ระบบการตรวจสอบต้องมีความครอบคลุมการใช้อำนาจรัฐทุกด้าน องค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐจึงควรมีหลายองค์กรเพื่อให้สามารถควบคุมกิจกรรมของรัฐซึ่งมีความหลากหลายและซับซ้อน อย่างไรก็ตามกระบวนการหรือองค์กรตรวจสอบต้องไม่ซ้ำซ้อนกัน ควรกำหนดให้มีกระบวนการที่ส่งเสริมกันและกัน ไม่มีประเทศใดที่ใช้องค์กรหรือรูปแบบการตรวจสอบเพียงรูปแบบเดียว แต่จะใช้หลายระบบผสมผสานกันให้เกิดความเหมาะสม

2. ระบบการตรวจสอบต้องเหมาะสมกับสภาพกิจกรรมของรัฐ และสามารถสร้างดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล เพราะระบบการตรวจสอบที่เห็นแก่สิทธิเสรีภาพของบุคคลจนเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เลย ย่อมเป็นระบบที่ล้มเหลวพอกับระบบที่ปล่อยให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจได้จนสิทธิเสรีภาพของบุคคลหมดไป

3. องค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบต้องเป็นอิสระจากอำนาจรัฐที่ตนทำการตรวจสอบ แต่องค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบดังกล่าวต้องถูกควบคุมตรวจสอบได้ด้วย

4. กลไกในการตรวจสอบต้องให้ประชาชนมีสิทธินำเรื่องเข้าสู่กระบวนการตรวจสอบได้ด้วย อันจะทำให้ระบบการตรวจสอบมีประสิทธิภาพขึ้น แต่การให้สิทธิประชาชนในการตรวจสอบต้องไม่กว้างขวางจนเกินไปจนถึงขนาดที่ใครก็ได้จะสามารถเรียกร้องให้องค์กรตรวจสอบเข้าไป

<sup>32</sup> “หลักกฎหมายมหาชน.” สืบค้น 3 เมษายน 2558, <http://www.thethailaw.com/law/law5/more5-6.html#B>.

<sup>33</sup> จาก *กฎหมายปกครอง* (น.449), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>34</sup> จาก “ระบบการควบคุมการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐ”, โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, (2530), *วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 13 ตอน 2 ม. น. 14-16*

ควบคุมการใช้อำนาจรัฐได้ ถ้าเป็นเช่นนั้นระบบการบริหารงานของรัฐก็จะถูกขัดขวางได้ด้วยผลประโยชน์ส่วนตัวของบุคคลเพียงคนเดียว

การแบ่งประเภทของการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐอาจแบ่งได้หลายประการแล้วแต่จะใช้เงื่อนไขใดเป็นเกณฑ์ เช่น หากใช้ช่วงเวลาในการควบคุมตรวจสอบเป็นเกณฑ์ก็สามารถแบ่งเป็นการควบคุมก่อนการดำเนินการ (โดยองค์กรที่ปรึกษา หรือการให้ประชาชนมีส่วนร่วม) กับการควบคุมภายหลังการดำเนินการ หากใช้วัตถุประสงค์หรือสิ่งที่มุ่งที่จะควบคุมและตรวจสอบเป็นเกณฑ์ ก็สามารถแบ่งเป็นการควบคุมตรวจสอบผลผลิตของการใช้อำนาจหรือความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจ กับการควบคุมตรวจสอบตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจในแง่ของการทุจริตต่อหน้าที่หรือการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ<sup>35</sup> อย่างไรก็ตามการแบ่งประเภทของการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่นำมาใช้ในทางวิชาการมากที่สุดคือ การตรวจสอบโดยองค์กรภายใน และการตรวจสอบโดยองค์กรตรวจสอบภายนอก

#### 2.2.4.1 การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรภายใน

การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรภายในเป็นระบบการตรวจสอบที่มุ่งให้องค์กรภายในควบคุมตรวจสอบกันเอง โดยอาศัยอำนาจในการบังคับบัญชา และอำนาจกำกับดูแลตามกฎหมาย ระบบการตรวจสอบในลักษณะนี้เป็นการตรวจสอบด้วยวิธีการร้องเรียนภายในองค์กร มีวิธีการในลักษณะถึงข้อพิพาท เช่น การร้องทุกข์ การอุทธรณ์ เป็นต้น เฉพาะการควบคุมภายในองค์กรเท่านั้นที่มีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ กับการควบคุมในแง่ของการทุจริตหรือการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่<sup>36</sup>

การตรวจสอบโดยอำนาจบังคับบัญชา เป็นการใช้อำนาจอันเกิดจากจัดระบบภายในฝ่ายปกครองตามกฎหมาย การใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบในลักษณะนี้สามารถตรวจสอบได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมาย และระดับความเหมาะสมของการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 ระดับ คือ 1. การร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่งทางปกครอง และ 2. การขอให้ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่นั้น ทบทวนการออกคำสั่งทางปกครอง<sup>37</sup>

การร้องทุกข์ สามารถทำได้โดยการร้องเรียนไปยังผู้บังคับบัญชาในลำดับที่เหนือกว่าขึ้นไป มีจุดประสงค์เพื่อให้มีการยกเลิก เพิกถอน หรือมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งที่ได้ออกไว้โดยไม่

<sup>35</sup> “การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ.” สืบค้น 3 เมษายน 2558, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=241> ,

<sup>36</sup> “การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ.” สืบค้น 3 เมษายน 2558, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=241>

<sup>37</sup> กฎหมายปกครอง (น.476-477). เล่มเดิม.

ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เช่น การขออนุญาตปลูกสร้างและต่อเติมบ้านกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่มีอำนาจหน้าที่นั้นแล้วไม่ได้รับอนุญาตหากประชาชนผู้ที่เกิดกรณีพิพาทนั้นเห็นว่า การกระทำของหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว ใช้อำนาจและหน้าที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรมสามารถทำการร้องทุกข์ไปยังผู้บังคับบัญชาที่เหนือกว่าขึ้นไปได้ เพื่อให้ เกิดการเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยและสั่งการเสียใหม่ สำหรับการอุทธรณ์ หมายถึง การอุทธรณ์คำสั่งและคำวินิจฉัยทางปกครอง การอุทธรณ์และการร้องทุกข์นั้น จะมีลักษณะใกล้เคียงกันมากผิดกันแต่ว่าการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยโดยทั่วไปนั้นจะมีระยะเวลา เวลาที่เกี่ยวข้องด้วย ตัวอย่างเช่น ประชาชนดำเนินการต่อเติมบ้านตามที่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่เมื่อได้ทำการต่อเติมบ้านดังกล่าวแล้ว หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเห็นว่าการต่อเติม บ้านดังกล่าวนั้นไม่ได้เป็นไปตามแบบที่ขออนุญาตไว้ เจ้าพนักงานอาจมี คำสั่งให้ประชาชนผู้ได้รับอนุญาตนั้นทำการรื้อถอน หรือให้ทำการแก้ไขให้ตรงตามแบบได้ ซึ่งโดยปกติแล้วเจ้าพนักงานของรัฐนั้นจะแจ้งกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการดังกล่าวไว้ ซึ่งหากประชาชนผู้ทำการต่อเติมบ้านเห็นว่า การดำเนินการดังกล่าวของ เจ้าพนักงานของรัฐไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบ ประชาชนผู้นั้นสามารถดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของเจ้าพนักงานนั้น ได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ แต่อย่างไรก็ดีในกรณีดังกล่าวประชาชนผู้เกิดกรณีพิพาทนี้ อาจจะดำเนินการ "ร้องทุกข์" หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งคนเห็นว่าใช้อำนาจ และหน้าที่ตามกฎหมายในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมหรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ตนได้ทั้งวิธีการ "ร้องทุกข์" และวิธีการ "อุทธรณ์" ต่างเป็นวิธีการในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่าย บริหารด้วยองค์กรภายในของฝ่ายบริหารเอง กล่าวคือ การร้องทุกข์ เป็นวิธีการ ให้ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจเหนือกว่าทำการพิจารณาและทบทวน คำสั่งหรือคำวินิจฉัยทางการปกครองบริหารอีกชั้นหนึ่ง ส่วนการอุทธรณ์เป็นวิธีการในการขอให้มีการทบทวน คำสั่งหรือคำวินิจฉัยทางการปกครองบริหารเช่นเดียวกัน แต่ต่างกันที่ว่าการอุทธรณ์นั้นจะต้องทำในระยะเวลาที่กฎหมายได้กำหนดหรือบัญญัติไว้เป็นสำคัญ<sup>38</sup>

การตรวจสอบโดยอำนาจกำกับดูแล เป็นการใช้อำนาจโดยองค์กรที่เป็นตัวแทนของรัฐ กระทำลงเพื่อดูแลการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรอื่นให้เป็นไปตามกฎหมาย อำนาจกำกับดูแลต่างจากอำนาจบังคับบัญชา การกำกับดูแลจะเกิดขึ้นได้แต่เมื่อมีกฎหมายกำหนดไว้เฉพาะ ผู้กำกับดูแลไม่สามารถออกคำสั่งโดยที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ได้ และสามารถออกคำสั่งได้เท่าที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้เท่านั้น อำนาจในการกำกับดูแลโดยทั่วไปแล้วไม่สามารถแก้ไขความเหมาะสมของการใช้อำนาจหรือเข้าไปใช้อำนาจแทนผู้ใต้การกำกับดูแลได้

<sup>38</sup> "หลักกฎหมายมหาชน" สืบค้น 3 เมษายน 2558, จาก <http://www.thethailaw.com/law/law5/more5-6.html#B>

อำนาจบังคับบัญชา และอำนาจในการกำกับดูแล ต่างมีลักษณะที่ใช้ในการควบคุมเหนือตัวบุคคลได้ แต่มีความแตกต่างกันในเรื่องขอบเขตอำนาจในการควบคุม อำนาจบังคับบัญชาสามารถควบคุมสถานภาพของผู้ใต้บังคับบัญชาได้ในระดับที่สูงกว่าและไม่มีเงื่อนไข เช่น การลงโทษทางวินัย เลื่อนขั้น ตัดหรือลดขั้นเงินเดือน การแต่งตั้งโยกย้าย เป็นต้น อย่างไรก็ตามการใช้ อำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวบุคคลนี้ต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล และต้องไม่เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนอำนาจกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลนั้นมีขอบเขตที่จำกัดอย่างมาก ผู้มีอำนาจกำกับดูแลออกคำสั่งให้มีผลต่อสถานภาพได้เพียงเท่าที่กฎหมายกำหนดไว้

อำนาจบังคับบัญชาเหนือการกระทำนั้น ผู้บังคับบัญชามีอำนาจควบคุมเหนือการใช้อำนาจของผู้ใต้บังคับบัญชาได้อย่างไม่มีเงื่อนไข โดยสามารถยกเลิกหรือเพิกถอนการใช้อำนาจทั้งสิ้นของผู้ใต้บังคับบัญชา แก้ไขเปลี่ยนแปลงการใช้อำนาจรวมถึงดุลพินิจและความเหมาะสมในการใช้อำนาจด้วย ประการสำคัญที่สุดคือผู้บังคับบัญชาสามารถเข้าไปใช้อำนาจแทนผู้ใต้บังคับบัญชาได้ นอกจากนี้ยังสามารถกำหนดกรอบแนวทางการใช้อำนาจของผู้ใต้บังคับบัญชา และแนวทางที่กำหนดนี้ย่อมผูกพันผู้ใต้บังคับบัญชาซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามแล้ว อาจเป็นเหตุให้ถูกลงโทษทางวินัยได้

สำหรับอำนาจกำกับดูแลเหนือการกระทำ เป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล โดยทั่วไปแล้วจะมีอำนาจในการเพิกถอนหรือฟ้องศาลเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล แต่เฉพาะในกรณีกฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษเท่านั้นที่ผู้กำกับดูแลจะเข้าไปใช้อำนาจแทนองค์กรที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลได้ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วกฎหมายจะไม่กำหนดให้ผู้กำกับดูแลสามารถเข้าไปใช้อำนาจแทนได้เพราะจะทำให้การกระจายอำนาจไม่ประสบผลสำเร็จ นอกจากนี้ในบางกรณีผู้กำกับดูแลจะมีอำนาจตามกฎหมายในการให้ความเห็นชอบ หรืออนุญาตให้กระทำการหรือใช้อำนาจได้ด้วย<sup>39</sup>

#### 2.2.4.2 การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ โดยองค์กรภายนอก

การควบคุมและตรวจสอบ โดยองค์กรภายนอกอาจแบ่งออกเป็น 1. การควบคุมและตรวจสอบโดยทางการเมือง 2. การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ และ 3. การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรพิเศษหรือองค์กรอิสระ

##### 1. การควบคุมและตรวจสอบโดยทางการเมือง

การควบคุมและตรวจสอบโดยทางการเมืองเป็นการเฝ้าระวังความบกพร่องในการปฏิบัติราชการวิธีหนึ่ง เพราะโดยหลักการแล้วองค์กรนิติบัญญัติมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญ 2 ประการคือ

<sup>39</sup> กฎหมายปกครอง (น.479-480). เล่มเดิม.

หน้าที่ในทางนิติบัญญัติอันได้แก่การออกกฎหมาย และหน้าที่ควบคุมการปฏิบัติราชการของฝ่ายบริหารทั้งในฐานะรัฐบาลและในฐานะฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามนโยบายที่แถลงไว้ต่อสภาและตามกฎหมาย บทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติในเรื่องการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐนั้น มีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยขึ้นอยู่กับลักษณะของระบอบการปกครองของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ เช่น ในระบบรัฐสภาอาจใช้วิธีการขอเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจ การตั้งคณะกรรมการสอบสวน หรือการตั้งกระทู้ถาม เป็นต้น ลักษณะของการควบคุมและตรวจสอบทางการเมืองคือการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ อย่างไรก็ตาม การควบคุมและตรวจสอบโดยทางการเมืองมีข้อจำกัดอยู่หลายประการ เช่น การที่ฝ่ายบริหารคุมเสียงข้างมากในสภาที่ดี หรือการที่พรรคฝ่ายค้านจะสนใจต่อความบกพร่องเฉพาะที่ทำให้เกิดปัญหาต่อเสถียรภาพของรัฐบาลเท่านั้น ดังนั้น การควบคุมและตรวจสอบโดยทางการเมืองจึงมีความเหมาะสมเฉพาะกับการตรวจสอบในเชิงนโยบาย หรือควบคุมและตรวจสอบเฉพาะประเด็นที่เป็นปัญหาสำคัญๆ เท่านั้น<sup>40</sup>

## 2. การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเป็นการควบคุมและตรวจสอบที่สำคัญที่สุด เพราะเป็นระบบการควบคุมและตรวจสอบที่ให้หลักประกันกับประชาชนสูงที่สุด ด้วยเหตุนี้จึงมีการกล่าวกันว่ารัฐใดรัฐหนึ่งไม่อาจถือได้ว่าเป็น “นิติรัฐ” หากรัฐนั้นปราศจากการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ทั้งนี้ เพราะองค์กรตุลาการมีการประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา มีวิธีพิจารณาเพื่อเป็นการคุ้มครองความเป็นธรรมในการดำเนินกระบวนการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการนั้นอาจแยกออกได้ 2 ระบบ คือระบบศาลเดี่ยวและระบบศาลคู่ นอกจากการแยกเป็นระบบศาลเดี่ยวและศาลคู่แล้วในบางประเทศยังกำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลพิเศษ ซึ่งนอกจากศาลรัฐธรรมนูญจะมีภาระหน้าที่หลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญยังอาจมีบทบาทสำคัญในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และองค์กรทางการเมืองต่างๆ ด้วย

ในระบบศาลคู่ จะมีการกำหนดให้มีศาลปกครองเคียงคู่กับศาลยุติธรรม โดยศาลปกครองมีอำนาจและหน้าที่สำคัญในการพิจารณาและพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในการบังคับบัญชา หรือในการกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ

<sup>40</sup> “การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ” สืบค้น 3 เมษายน 2558, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=241>,

หรือราชการส่วนท้องถิ่นหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในการบังคับบัญชา หรือในการกำกับดูแลของ รัฐบาลด้วยกันซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือ การละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องปฏิบัติตาม กฎหมาย หรือเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการ ปฏิบัติหน้าที่ ตามกฎหมาย ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ จากอำนาจของศาลปกครองดังกล่าวจะเห็นว่าศาลปกครอง เป็นศาลที่มุ่งหมายให้เป็นองค์กรในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารอีกองค์กรหนึ่ง โดยศาล ปกครองเป็นศาลที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการปกครอง หรือที่เรียกว่าคดีปกครอง คือ เป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจและหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการบริหารราชการ ส่วนกลาง อันได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม การบริการราชการส่วนภูมิภาค อันได้แก่ จังหวัด อำเภอ หรือการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ได้แก่ เทศบาล สุขาภิบาล องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา รวมตลอดทั้งรัฐวิสาหกิจ และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจและหน้าที่ในการ บริหารการปกครองและเพื่อการบริหารสาธารณะ ซึ่งหากเกิดคดีปกครองของหน่วยงานดังกล่าวมาแล้ว นี้ ศาลปกครอง จะเป็นศาลที่พิจารณาและพิพากษาคดีปกครองซึ่งเป็นข้อพิพาทที่มีลักษณะพิเศษ ระหว่างผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ทางการ บริหารและการปกครองกับประชาชน ซึ่งจะมีความแตกต่างไปจาก กรณีพิพาททางแพ่งหรือทางอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาททาง ปกครองนี้จะมีความแตกต่างไปจากหลักการที่ใช้ในคดีแพ่ง หรือในคดีอาญาอย่างสิ้นเชิง เพราะ นอกจากจะใช้หลักกฎหมายและหลักของความยุติธรรมแล้ว คดีปกครองนี้ยังต้องใช้หลักการปกครอง รวมทั้งหลักการบริการสาธารณะเข้ามาร่วมพิจารณาด้วย<sup>41</sup>

### 3. การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรพิเศษหรือองค์กรอิสระ

การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรอิสระ หรือการควบคุมโดยองค์กรพิเศษ เป็นการ ควบคุมและตรวจสอบ โดยองค์กรที่แยกออกจากฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองแท้ และการควบคุม ในลักษณะดังกล่าวไม่ถือเป็นการควบคุมโดยทางการเมือง หรือโดยองค์กรตุลาการ<sup>42</sup> การควบคุมและ ตรวจสอบโดยองค์กรอิสระต้องมีกฎหมายให้อำนาจในการควบคุมและตรวจสอบโดยกำหนดขอบเขต อำนาจในการควบคุมตรวจสอบขององค์กรนั้นๆ เช่น ผู้ตรวจเงินแผ่นดินก็จะมีอำนาจในการควบคุม และตรวจสอบเรื่องการเงินการคลังของหน่วยงานของรัฐต่างๆ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจะมี

<sup>41</sup> “หลักกฎหมายมหาชน” สืบค้น 3 เมษายน 2558, จาก <http://www.thethailaw.com/law/law5/more-5-6.html#B>

<sup>42</sup> กฎหมายปกครอง (น.481). เล่มเดิม.

อำนาจในการตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐทั้งหลาย<sup>43</sup> และคณะกรรมการ ป.ป.ช. ย่อมมีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจรัฐในขอบเขตที่เกี่ยวกับการทุจริตต่อหน้าที่ การกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ และความรับผิดชอบต่างๆ อันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบ

#### 2.2.5 บทบาทและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

นับแต่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีการจัดตั้งองค์กรอิสระขึ้นหลายองค์กร หนึ่งในจำนวนนั้นมีองค์กรหนึ่งเรียกว่า คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ หรือ “คณะกรรมการ ป.ป.ช.” ซึ่งประกอบด้วยประธานกรรมการและกรรมการ รวม 9 คน มีสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นหน่วยงานธุรการขึ้นตรงต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร มีอิสระในการบริหารงบประมาณ และการบริหารบุคคล มีอำนาจหน้าที่หลักในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ

องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระเป็นองค์กรที่มีสถานะพิเศษ กล่าวคือ แม้จะเป็นองค์กรของรัฐ แต่มีหลักประกันให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยอิสระ ปลอดพ้นจากการแทรกแซงจากสถาบันการเมืองหรือองค์กรอื่นของรัฐ<sup>44</sup> ในต่างประเทศนั้น องค์กรอิสระถือเป็นสถาบันทางการบริหารเพื่อสร้างดุลยภาพระหว่างการบริหารที่มีประสิทธิภาพกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งหากเป็น โครงสร้างระบบบริหารเดิมจะมีรูปแบบจำกัดในการทำงาน เนื่องจากมีการจัดลำดับของอำนาจหน้าที่และการควบคุมบังคับบัญชาตามลำดับชั้น ทำให้เกิดความล่าช้าและขาดประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งอาจกระทบต่อผลประโยชน์ส่วนรวมและสิทธิเสรีภาพของประชาชน สำหรับประเทศไทย องค์กรอิสระมีบทบาทในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายการเมืองและฝ่ายราชการในด้านต่างๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากระบบเดิมการใช้อำนาจปกครองและการใช้อำนาจตรวจสอบอยู่ในองค์กรเดียวกันคือ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายตุลาการ ต่างก็เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจและในขณะเดียวกันองค์กรนั้นเองก็มีหน้าที่ในการตรวจสอบกันเองด้วย ระบบการตรวจสอบอำนาจรัฐที่ถูกออกแบบขึ้นมาใหม่ได้จัดตั้งหรือแยกกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจออกจากกลไกการใช้อำนาจรัฐ โดยผ่านองค์กรพิเศษซึ่งมีลักษณะ

<sup>43</sup> “การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ” สืบค้น 3 เมษายน 2558, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=241> ,

<sup>44</sup> นพดล เสงเจริญ. “องค์กรอิสระ : ความสำคัญต่อการปฏิรูปการเมืองและการปฏิรูประบบราชการ” สืบค้น 2 เมษายน 2558, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=895>

เป็นองค์กรเฉพาะนอกจากองค์กรฝ่ายตุลาการ นั่นก็คือ องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญโดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อเสริมช่องว่างใน โครงสร้างการบริหารประเทศ เนื่องจากปัญหาการปฏิบัติภารกิจหน้าที่ของ องค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจที่ผ่านมาไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพเพราะถูก ครอบงำจากฝ่ายการเมือง องค์กรอิสระที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญมีความอิสระทั้งเรื่องที่มาและการ เข้าสู่อำนาจของบุคคลที่เข้าทำหน้าที่ในองค์กรอิสระ เรื่องการกำหนดนโยบายและการดำเนินงาน ขององค์กร เรื่องงบประมาณ การมีหน่วยธุรการหรือสำนักงานที่เป็นอิสระและความเป็นกลาง ทำให้มีหลักประกันว่าจะสามารถทำงานได้โดยไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด ไม่ลำเอียง ไม่ใช้อคติในการทำงาน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย การป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 กำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นองค์กรอิสระ มีภารกิจหลักในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และขับเคลื่อนมาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจ ของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น มาตรการตรวจสอบผลประโยชน์ทับซ้อนของนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี ตลอดจนคู่สมรสและบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ว่าต้องไม่ เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นของบริษัท ห้ามดำเนินกิจการในลักษณะหาผลประโยชน์ทับซ้อนหรือที่ขัด กับหน้าที่ในตำแหน่งที่ดำรงอยู่ (Conflict of Interests) มาตรการห้ามผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เป็นเจ้าของกิจการหรือเป็นผู้ถือหุ้นในกิจการสื่อสารมวลชนเพื่อป้องกันการสื่อสารมวลชน แสวงหาประโยชน์ และมาตรการที่กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐแสดง รายการทรัพย์สินและหนี้สินของตนเอง คู่สมรส และบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ตลอดจนทรัพย์สินที่อยู่ใน ความดูแลหรืออยู่ในการถือครองของผู้อื่นทั้งโดยตรงและโดยอ้อม นอกจากนี้ยังมีมาตรการในการได้ ส่วนข้อเท็จจริงเพื่อถอดถอนหรือดำเนินคดีอาญากับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือกระทำความผิด ต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือมีพฤติการณ์ร้ายวผิดปกติ<sup>45</sup> ทั้งนี้ สามารถแบ่งภารกิจของ คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้เป็น 3 ด้าน คือ ด้านการปราบปรามการทุจริต ด้านการตรวจสอบทรัพย์สิน และด้านการป้องกันและวิชาการ

<sup>45</sup> จาก “กฎหมายกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต”, โดย ศิริรัตน์ วสุวัต, *วารสารปราชญ์เพื่อความ เป็นธรรม* น. 284-285.

### 2.2.6.1 ด้านปราบปรามการทุจริต

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 19 (1) (2) (4)<sup>46</sup> ได้กำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ได้สวนข้อเท็จจริงกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม และร้ายว่ผิดปกติ รวมถึงกรณีถอดถอนและดำเนินคดีอาญากับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง นอกจากนี้ยังมีอำนาจหน้าที่สอบสวนตามกฎหมายอื่นด้วย เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543 เป็นต้น การได้สวนข้อเท็จจริงของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จะนำมาสู่ความรับผิดชอบในด้านต่างๆ ของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งด้านความรับผิดชอบทางอาญา ความรับผิดชอบทางวินัย การถอดถอนออกจากตำแหน่งและการดำเนินการให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน ทั้งนี้ เมื่อผลการได้สวนข้อเท็จจริงของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ปรากฏว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นกระทำความผิดตามกฎหมาย

---

<sup>46</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 19 บัญญัติว่า

“คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) ได้สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งทำความเห็นเสนอต่อวุฒิสภามาหมวด 5 การถอดถอนจากตำแหน่ง

(2) ได้สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งทำความเห็นเพื่อส่งไปยังอัยการสูงสุดเพื่อฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามหมวด 6 การดำเนินคดีอาญาผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามมาตรา 275 ของรัฐธรรมนูญ

(4) ได้สวนและวินิจฉัยว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอื่นซึ่งมิใช่บุคคลตาม (2) หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตั้งแต่ผู้บริหารระดับสูงหรือข้าราชการซึ่งดำรงตำแหน่งตั้งแต่ผู้อำนวยการกองร้ายว่ผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมหรือความผิดที่เกี่ยวข้องกัน รวมทั้งดำเนินการกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการในระดับต่ำกว่าที่ร่วมกระทำความผิดกับผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว หรือกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือที่กระทำความผิด ในลักษณะที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. เห็นสมควรดำเนินการด้วยตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 44/1<sup>47</sup> ได้กำหนดให้มีกระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐาน ก่อนเข้าสู่กระบวนการไต่สวนข้อเท็จจริง กระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานเปรียบเสมือนการกลั่นกรองเรื่องกล่าวหาหรือเรียนเช่นเดียวกับการไต่สวนมูลฟ้องของศาล เป็นกระบวนการที่ให้หลักประกันกับผู้ถูกกล่าวหาว่าก่อนที่การกระทำใดๆ จะถูกสั่งไต่สวนข้อเท็จจริง สมควรที่จะมีหลักฐานในเบื้องต้นว่าการกระทำที่ถูกกล่าวหา นั้น น่าเชื่อว่าจะเกิดขึ้นจริง และมีลักษณะเป็นความผิดตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานยังต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมาย และได้รับมอบหมายโดยถูกต้องตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ดังนั้น พยานหลักฐานที่ได้จากการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐาน ยังคงเป็นพยานหลักฐานที่สามารถนำมาใช้ในกระบวนการไต่สวนข้อเท็จจริงได้<sup>48</sup>

เมื่อมีหลักฐานในเบื้องต้นตามสมควรว่าการกระทำที่ถูกกล่าวหา นั้น น่าเชื่อว่าจะเกิดขึ้นจริงและมีลักษณะเป็นความผิดตามกฎหมายแล้ว คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะมีคำสั่งไต่สวนข้อเท็จจริงสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าว โดยการไต่สวนข้อเท็จจริงสามารถกระทำการโดยการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการไต่สวน หรือมอบหมายองค์คณะพนักงานไต่สวน หรือคณะกรรมการ ป.ป.ช. ใช้อำนาจในการไต่สวนข้อเท็จจริงเองโดยตรง แล้วแต่กรณี เมื่อมีคำสั่งให้ไต่สวนข้อเท็จจริงแล้ว กระบวนการไต่สวนข้อเท็จจริงกำหนดให้มีการแจ้งคำสั่งไต่สวนข้อเท็จจริงให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ อันเป็นขั้นตอนที่ให้หลักประกันกับผู้ถูกกล่าวหาประการหนึ่ง ว่าการไต่สวนข้อเท็จจริงสำหรับการ

---

<sup>47</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 44/1 บัญญัติว่า

“ก่อนดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงตามมาตรา 43 คณะกรรมการ ป.ป.ช. อาจมอบหมายให้เลขาธิการดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานในเรื่องกล่าวหา นั้น เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงเพียงพอต่อการไต่สวนข้อเท็จจริงต่อไปก็ได้ ในกรณีนี้ เลขาธิการอาจมอบหมายให้พนักงานเจ้าหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการแทนก็ได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด โดยให้ถือว่าเลขาธิการและพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เลขาธิการมอบหมายเป็นพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา”

<sup>48</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 44/2 บัญญัติว่า

“เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้รับเรื่องกล่าวหาใดไว้พิจารณาไต่สวนข้อเท็จจริงแล้ว บรรดาสิ่งของหรือบันทึก รวมถึงเอกสารหลักฐานต่างๆ ที่ได้มาตามมาตรา 44/1 ให้ถือเป็นอันใช้ได้ และสามารถนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานประกอบสำนวนคดีในชั้นไต่สวนข้อเท็จจริงได้”

กระทำของผู้ถูกกล่าวหา นั้น เป็นการกระทำโดยเปิดเผยโดยบุคคลที่มีความเป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียกับการกระทำที่ถูกกล่าวหา และเพื่อให้หลักประกันดังกล่าวมีความเป็นรูปธรรม ในขั้นตอนการแจ้งคำสั่งไต่สวนข้อเท็จจริงจะมีการแจ้งรายชื่อบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งหรือมอบหมายจากคณะกรรมการ ป.ป.ช. ให้เป็นผู้ดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริง และเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาได้คัดค้านผู้ได้รับแต่งตั้งหรือมอบหมายดังกล่าว ซึ่งหากปรากฏว่าบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งหรือมอบหมายจากคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีส่วนได้เสียกับการกระทำที่ถูกกล่าวหาหรือมีเหตุต้องห้ามตามกฎหมายทำให้ไม่สามารถดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริง คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะสั่งให้บุคคลดังกล่าวพ้นจากอำนาจหน้าที่ในการไต่สวนข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นๆ

เมื่อคณะกรรมการไต่สวนหรือองค์คณะพนักงานไต่สวนดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่าข้อกล่าวหาไม่มีมูลเป็นความผิดตามกฎหมาย คณะกรรมการไต่สวนหรือองค์คณะพนักงานไต่สวนต้องดำเนินการแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาเข้าใจข้อกล่าวหาและเปิดโอกาสให้ชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา ยืนยันหรืออ้างอิงพยานหลักฐานประกอบคำแก้ข้อกล่าวหาของตนตามหลักการฟังความทุกฝ่าย แล้วจึงเสนอผลการไต่สวนข้อเท็จจริงในรูปของสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาวินิจฉัยคดีต่อไป แต่หากเห็นว่าข้อกล่าวหาไม่มีมูลความผิด คณะกรรมการไต่สวนหรือองค์คณะพนักงานไต่สวนสามารถนำเสนอสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. เพื่อวินิจฉัยได้ทันทีโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการแจ้งข้อกล่าวหา คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานได้โดยไม่ต้องผูกพันต่อความเห็นของคณะกรรมการไต่สวนหรือองค์คณะพนักงานไต่สวน อย่างไรก็ตามในกรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. เห็นว่าการกระทำใดเป็นความผิด โดยที่คณะกรรมการไต่สวนหรือองค์คณะพนักงานไต่สวนยังมิได้แจ้งข้อกล่าวหา คณะกรรมการ ป.ป.ช. ต้องดำเนินการแจ้งข้อกล่าวหากับผู้ถูกกล่าวหาตามขั้นตอนก่อนที่จะวินิจฉัยชี้มูลความผิด

เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้รับสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงแล้ว หากเห็นว่ากระทำตามข้อกล่าวหาไม่เป็นความผิด จะมีคำสั่งในรูปแบบมติที่ประชุมของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ให้ข้อกล่าวหาตกไป หากเห็นคณะกรรมการ ป.ป.ช. เห็นว่าการกระทำเป็นความผิดตามข้อกล่าวหา จะมีคำสั่งชี้มูลความผิด ซึ่งเป็นคำสั่งในรูปแบบมติที่ประชุมของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เช่นเดียวกัน ผลของคำสั่งชี้มูลความผิดจะทำให้ผู้ถูกกล่าวหาซึ่งถูกชี้มูลความผิดต้องถูกดำเนินคดีอาญา หรือถูกดำเนินการทางวินัย หรือถูกดำเนินการถอดถอนออกจากตำแหน่ง หรือถูกบังคับให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน ทั้งนี้ แล้วแต่ตำแหน่งและลักษณะการกระทำของผู้ถูกชี้มูลความผิดนั้น โดยการดำเนินการทางวินัย และการดำเนินการเพื่อถอดถอนออกจากตำแหน่งนั้น คณะกรรมการ ป.ป.ช. ต้องส่งรายงาน ความเห็น และเอกสารหลักฐานไปให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนพิจารณาลงโทษหรือถอด

ถอนตามกฎหมาย ในกรณีที่มีมติให้ถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ก็จะส่งรายงาน ความเห็น และเอกสารหลักฐานให้วุฒิสภาพิจารณาลงมติถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญต่อไป

สำหรับการดำเนินคดีอาญา และร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน คณะกรรมการ ป.ป.ช. ต้องส่งรายงาน ความเห็น และเอกสารหลักฐานไปให้อัยการสูงสุดพิจารณาตั้งฟ้องผู้ถูกชี้มูล ความผิด หรือร้องขอต่อศาลให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน ซึ่งหากอัยการสูงสุดมีความเห็นว่า ส่วนงานการไต่สวนข้อเท็จจริงยังมีข้อไม่สมบูรณ์เพียงพอที่จะตั้งฟ้องคดีได้ คณะกรรมการ ป.ป.ช. และอัยการสูงสุดจะแต่งตั้งคณะทำงานร่วมเพื่อดำเนินการให้ส่วนงานการไต่สวนข้อเท็จจริงสมบูรณ์เพียงพอที่จะฟ้องคดีได้ ในกรณีที่คณะทำงานร่วมทั้งสองฝ่ายไม่อาจหาข้อยุติได้ คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจฟ้องผู้ถูกชี้มูลความผิดต่อศาลที่มีเขตอำนาจได้เอง ทั้งนี้ ในการพิจารณาคดีของศาล กฎหมายกำหนดให้ศาลต้องยึดส่วนงานการไต่สวนข้อเท็จจริงของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นหลัก และศาลต้องใช้ระบบไต่สวนในการพิจารณาคดี โดยศาลมีอำนาจริเริ่มกระบวนการแสวงหา พยานหลักฐานได้เองโดยมิต้องให้คู่ความร้องขอ และมีอำนาจพิจารณาหาข้อเท็จจริงโดยไม่ถูกจำกัด จากพยานหลักฐานที่มีการนำเสนอในกระบวนการพิจารณาแต่เพียงอย่างเดียว เพราะศาลในระบบไต่สวน จะเป็นทั้งผู้ควบคุมกระบวนการพิจารณาคดี กำหนดทิศทางของคดี และเป็นผู้แสวงหาข้อเท็จจริง รวบรวมพยานหลักฐานทั้งหมด โดยใช้หลัก 2 ประการ คือ หลักการไต่สวนโดยศาล (Judicial Investigation) และหลักการควบคุมกระบวนการพิจารณา (Principle of officiality)<sup>49</sup>

ผลจากการชี้มูลความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. นั้น นอกจากจะทำให้ผู้ถูกกล่าวหาซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐมีความรับผิดชอบในทางวินัยและทางอาญาแล้ว พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 19 (12) และมาตรา 99<sup>50</sup>

<sup>49</sup> “กฎหมายกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต”, โดย ศิริรัตน์ วสุวัต, *วารสารปราชญ์เพื่อความ เป็นธรรม* (น. 290-292). เล่มเดิม.

<sup>50</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 19 (12) บัญญัติว่า “คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(12) ดำเนินการส่งเรื่องให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ยกเลิกหรือเพิกถอนสิทธิหรือเอกสารสิทธิที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้อนุมัติหรืออนุญาตให้สิทธิประโยชน์หรือออกเอกสารสิทธิ แก่บุคคลใดไปโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือระเบียบของทางราชการอันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ทางราชการ”

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 99 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติว่า ข้อกล่าวหาใดมีมูลความผิดตามมาตรา 91 นอกจาก ดำเนินการตามมาตรา 92 หรือมาตรา 97 แล้วหากปรากฏข้อเท็จจริงในการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่า

ยังกำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจดำเนินการเกี่ยวกับเอกสารสิทธิหรือสิทธิประโยชน์ที่ได้จากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐและทำให้เสียหายแก่ทางราชการด้วย โดยให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ส่งเรื่องให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ยกเลิกหรือเพิกถอนสิทธิหรือเอกสารสิทธิที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว มาตรการในการร้องขอให้ดำเนินการยกเลิกหรือเพิกถอนสิทธิหรือเอกสารสิทธิที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตนั้น เป็นมาตรการที่มุ่งรักษาผลประโยชน์ของรัฐโดยให้บรรดาทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่รัฐไม่ควรจะเสียไปหรือที่ยังควรจะสงวนไว้เพื่อประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณชนได้กลับมาเป็นของรัฐเพื่อใช้เป็นประโยชน์สาธารณะต่อไป ทั้งยังเป็นมาตรการเชิงรุกต่อทรัพย์สินและสิทธิประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้มาจากการทุจริต อันเป็นการตัดทอนแรงจูงใจที่จะกระทำการทุจริตด้วย

#### 2.2.6.2 ด้านการตรวจสอบทรัพย์สิน

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 19 (5) (6) (8) (9)<sup>51</sup> ได้กำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐและผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่จะต้องยื่นบัญชีแสดงรายการ

---

ผู้ถูกกล่าวหาได้อนุมัติหรืออนุญาตให้สิทธิประโยชน์หรือออกเอกสารสิทธิแก่บุคคลใดไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือระเบียบของทางราชการอันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ทางราชการ ให้ประธานกรรมการส่งรายงานและเอกสารที่มีอยู่ พร้อมทั้งความเห็นไปยังผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ยกเลิกหรือเพิกถอนสิทธิหรือเอกสารสิทธิที่ผู้ถูกกล่าวหาได้อนุมัติหรืออนุญาตนั้นด้วย

ให้นำบทบัญญัติมาตรา 93 มาตรา 94 และมาตรา 95 มาใช้บังคับกับกรณีตามวรรคหนึ่งโดยอนุโลม”

<sup>51</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 19 บัญญัติว่า “คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(5) กำหนดตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญ

(6) ตรวจสอบความถูกต้องและความมีอยู่จริง รวมทั้งความเปลี่ยนแปลงของทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีหน้าที่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินตามหมวด 3 การตรวจสอบทรัพย์สินและหนี้สิน

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด

(8) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเปิดเผยบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบของผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาและเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(9) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการการยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีหน้าที่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินตามหมวด 3 การตรวจสอบทรัพย์สินและหนี้สิน”

ทรัพย์สินและหนี้สิน ตรวจสอบความถูกต้องและความมีอยู่จริง รวมทั้งความเปลี่ยนแปลงของทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีหน้าที่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการการยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน และกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเปิดเผยบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน

การยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินให้ยื่นตามทรัพย์สินที่มีอยู่จริงในวันที่เข้ารับตำแหน่งหรือพ้นจากตำแหน่ง ตามกำหนดเวลา ดังต่อไปนี้

1. ในกรณีที่เป็นการเข้ารับตำแหน่งให้ยื่นภายในสามสิบวันนับแต่วันที่เข้ารับตำแหน่ง
2. ในกรณีที่พ้นจากตำแหน่งให้ยื่นภายในสามสิบวันนับแต่วันพ้นจากตำแหน่ง
3. ในกรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองซึ่งยื่นบัญชีไว้แล้วตายในระหว่างดำรงตำแหน่งหรือก่อนยื่นบัญชีหลังจากพ้นตำแหน่ง ให้ทายาทหรือผู้จัดการมรดกยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินที่มีอยู่จริงในวันที่ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นตายภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ดำรงตำแหน่งตาย
4. ในกรณีที่ครบหนึ่งปีนับแต่ที่พ้นจากตำแหน่งให้ยื่นอีกครั้งหนึ่งภายในสามสิบวันนับแต่วันที่พ้นจากตำแหน่งมาแล้วเป็นเวลาหนึ่งปี

โดยผู้มีหน้าที่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน คือ ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ได้แก่ นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ข้าราชการการเมืองอื่น ข้าราชการรัฐสภาฝ่ายการเมือง ผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น ผู้ช่วยผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น สำหรับข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้แก่ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ อัยการสูงสุด กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรรมการการตรวจเงินแผ่นดิน รองประธานศาลฎีกา รองประธานศาลปกครองสูงสุด รองอัยการสูงสุด ปลัดกระทรวงกลาโหม ประธานกรรมการ รองประธานกรรมการ และกรรมการธนาคารแห่งประเทศไทย ประธานกรรมการและกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร และเลขาธิการวุฒิสภา โดยการยื่นบัญชีนั้น ให้ยื่นรายการทรัพย์สินของคู่สมรส และบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของผู้มีหน้าที่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน รวมถึงทรัพย์สินของผู้มีหน้าที่ยื่นบัญชีที่อยู่ในการดูแลหรือถือครองของผู้อื่นด้วยด้วย<sup>52</sup>

ผลของการจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน หรือยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบนั้น ในกรณีผู้กระทำการดังกล่าวเป็นข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. เสนอเรื่องให้ศาลฎีกาแผนก

<sup>52</sup> “กฎหมายกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต” (น. 288-289). เล่มเดิม.

คดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองวินิจฉัยต่อไปและให้ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งนับแต่วันที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. วินิจฉัยว่ามีการกระทำการดังกล่าว และห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นเวลา 5 ปี นับแต่วันที่พ้นจากตำแหน่ง สำหรับกรณีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีคำวินิจฉัยว่ามีการกระทำการดังกล่าวให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. เสนอเรื่องให้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และเมื่อศาลได้วินิจฉัยชี้ขาดตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. เสนอแล้ว ให้ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งและห้ามดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือในพรรคการเมืองเป็นเวลา 5 ปี นับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย นอกจากนี้ผู้ซึ่งยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน หรือยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ ยังมีโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>53</sup>

มาตรการในการตรวจสอบทรัพย์สินและการร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน เป็นมาตรการที่มุ่งไปยังทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นมูลเหตุในการกระทำความผิด โดยไม่จำเป็นต้องมีพยานหลักฐานในการกระทำความผิดก็สามารถยึดทรัพย์สินกลับมาเป็นของแผ่นดินได้ มาตรการดังกล่าวเป็นการแก้ไขจุดอ่อนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยการลดขั้นตอนกระบวนการอันเป็นต้นทุนในการปราบปรามการทุจริต และเป็นมาตรการเชิงรุกที่มุ่งเข้าทำลายหัวใจของการทุจริต เพราะหัวใจของการทุจริต คือ ทรัพย์สินและผลประโยชน์ที่จะได้จากการกระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นผลประโยชน์ในรูปใดๆ ก็ตาม หากมีกฎหมายเกี่ยวกับการตรวจสอบทรัพย์สินและการร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินบังคับใช้อย่างได้ผลแล้ว การต่อต้านทุจริตทั้งในเชิง

---

<sup>53</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง คดีหมายเลขดำที่ อม.27/2557 วินิจฉัยว่า ผู้ถูกกล่าวหาเป็นนายกเทศมนตรี ไม่ใส่ใจต่อหน้าที่อันสำคัญของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่จะต้องปฏิบัติในการยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินพร้อมเอกสารประกอบ อันเป็นมาตรการที่กฎหมายประสงค์ให้มีการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ซึ่งมีหลักการสำคัญว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่มาจากการเลือกตั้งเป็นบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจจากประชาชน ต้องมีคุณสมบัติในด้านความซื่อสัตย์สุจริต บริหารราชการตามหลักธรรมาภิบาล เมื่อพฤติการณ์แห่งคดีฟังได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินพร้อมเอกสารประกอบ รวม 4 กรณี จึงพิพากษาให้พ้นจากตำแหน่งนายกเทศมนตรี นับแต่วันที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองวินิจฉัย และห้ามดำรงตำแหน่งใดๆ ในพรรคการเมืองเป็นเวลา 5 ปี การกระทำของผู้ถูกกล่าวหาเป็นการจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน ให้จำคุกกระหนงละ 2 เดือน รวม 4 กระหนง เป็นจำคุก 8 เดือน ศาลพิเคราะห์พฤติการณ์แห่งคดีแล้ว เห็นว่าสถานภาพของผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้นำชุมชน ต้องประพฤติตนเป็นตัวอย่างที่ดีแก่ประชาชน แต่กลับละเลยไม่ใส่ใจต่อหน้าที่อันสำคัญของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ในการยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินพร้อมเอกสารประกอบ ทำให้ระบบตรวจสอบขาดประสิทธิภาพ เป็นช่องทางให้เกิดการทุจริต นับว่าเป็นเรื่องร้ายแรง จึงไม่สมควรรอการลงโทษ

ป้องกันและปราบปรามจะได้ผลอย่างแน่นอนเพราะเป็นการตัดกำลังผู้กระทำความผิดมิให้ใช้ทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ที่ได้มาใช้เป็นกำลังต่อสู้กับรัฐหรือองค์กรปราบปรามการทุจริต การทุจริตติดสินบนนั้นทรัพย์สินและผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดหยิบยื่นให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ปราบปรามทุจริตและเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมจะเป็นตัวทำลายประสิทธิภาพในการปราบปรามทุจริต ดังนั้น มาตรการในการตรวจสอบทรัพย์สินและการร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินจึงเป็นมาตรการทั้งในเชิงป้องกันและเชิงปราบปรามการทุจริต<sup>54</sup>

นอกจากนี้มาตรการตรวจสอบทรัพย์สินยังถือเป็นต้นทางของการไต่สวนกรณีร่ำรวยผิดปกติและกรณีทุจริตอื่นๆ ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่อีกประการหนึ่งของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 19 (3)<sup>55</sup> ได้กำหนดไว้ กล่าวคือ เมื่อมีพฤติการณ์ปรากฏหรือมีเหตุอันควรสงสัยเกี่ยวกับการได้มาซึ่งทรัพย์สินและหนี้สินรายการใด หรือมีพฤติการณ์อันเชื่อได้ว่าจะมีการโอน ยักย้าย แปรสภาพ หรือซุกซ่อนทรัพย์สิน หรือปรากฏพฤติการณ์ว่ามีการถือครองทรัพย์สินแทน อันมีลักษณะเป็นการมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติ คณะกรรมการ ป.ป.ช. ย่อมมีอำนาจตรวจสอบธุรกรรมทางการเงิน หรือการได้มาซึ่งทรัพย์สินและการลดลงของหนี้สิน เพื่อร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน หรือกรณีมีความจำเป็นเพื่อการตรวจสอบความถูกต้องของความจริงและการเปลี่ยนแปลงของรายการทรัพย์สินและหนี้สิน คณะกรรมการ ป.ป.ช. สามารถใช้อำนาจของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน และคณะกรรมการธุรกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินได้ หากผลการตรวจสอบปรากฏว่าทรัพย์สินมีการเปลี่ยนแปลงเพิ่มขึ้นผิดปกติ ให้ประธานกรรมการ ป.ป.ช. ส่งเอกสารทั้งหมดพร้อมทั้งรายงานผลการตรวจสอบ ไปยังอัยการสูงสุดเพื่อดำเนินคดีกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ยื่นต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน โดยระหว่างที่ยังไม่มีคำสั่ง คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจออกคำสั่งให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้นผิดปกติไว้ชั่วคราวก็ได้ และให้ดำเนินการแจ้งต่อผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนเจ้าหน้าที่

<sup>54</sup> สุวณี คัมภกสิกิจ. “ปัญหาการตรวจสอบทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง : แนวทางการแก้ปัญหาเพื่อการเพิ่มประสิทธิภาพ”, โครงการวิจัยสถาบัน สำนักงาน ป.ป.ช. 2551.

<sup>55</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 19 บัญญัติว่า “คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(3) ไต่สวนและวินิจฉัยว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอื่นซึ่งมิใช่บุคคลตาม (2) และเจ้าหน้าที่ของรัฐร่ำรวยผิดปกติเพื่อร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้”

ของรัฐพิจารณาลงโทษไล่ออกหรือปลดออก โดยให้ถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ ในกรณีที่ศาลยกคำร้องเพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้รั่วรัยผิดปกติ ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้ถูกกล่าวหานั้น ได้รับการเยียวยา ทั้งนี้ คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจดำเนินการดังกล่าวได้ในขณะที่เจ้าหน้าที่ของรัฐยังอยู่ในตำแหน่งหรือพ้นจากการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่เกินห้าปี แต่ไม่ตัดอำนาจคณะกรรมการ ป.ป.ช. จะยกเรื่องขึ้นวินิจฉัยเองในกรณีมีเหตุอันควรสงสัย ซึ่งต้องไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่พ้นจากตำแหน่ง

### 2.2.6.3 ด้านการป้องกันและวิชาการ

คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ให้ความสำคัญต่อการเสริมสร้างทัศนคติและค่านิยมในความซื่อสัตย์สุจริต การมีส่วนร่วมของประชาชนในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต การดำเนินการด้านจริยธรรมและคุณธรรม การดำเนินการเสนอมาตรการป้องกันต่อคณะรัฐมนตรี และในปัจจุบันคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้กระจายอำนาจไปยังจังหวัดต่างๆ โดยมีสำนักงาน ป.ป.ช. ประจำจังหวัด มีภารกิจหลักเพื่อรณรงค์ ปลูกจิตสำนึก ค่านิยม และเข้าถึงประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ทั้งนี้ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 19(7) (10) (11) (13) (14)<sup>56</sup> ได้กำหนดหน้าที่ในด้านการป้องกันการทุจริตของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไว้ โดยสามารถแบ่งลักษณะของมาตรการส่งเสริมป้องกันได้ดังต่อไปนี้

<sup>56</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 19 บัญญัติว่า “คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(7) กำกับดูแลคุณธรรมและจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

(10) รายงานผลการตรวจสอบและผลการปฏิบัติหน้าที่พร้อมข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาทุกปี

ทั้งนี้ ให้ประกาศรายงานดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษาและเปิดเผยต่อสาธารณะด้วย

(11) เสนอมาตรการ ความเห็น และข้อเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรี รัฐสภา ศาลหรือคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เพื่อให้มีการปรับปรุงการปฏิบัติราชการ หรือวางแผนงาน โครงการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐ เพื่อป้องกันหรือปราบปรามการทุจริตต่อหน้าที่การกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือการกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม

(13) ดำเนินการเพื่อป้องกันการทุจริตและเสริมสร้างทัศนคติและค่านิยมเกี่ยวกับความซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งดำเนินการให้ประชาชนหรือกลุ่มบุคคลมีส่วนร่วมในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

(14) ดำเนินการเกี่ยวกับด้านการต่างประเทศโดยเป็นศูนย์กลางความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีและข้อตกลงระหว่างประเทศในการต่อต้านการทุจริต”

1. คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจแจ้งให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการให้มีมาตรการในการคุ้มครองผู้กล่าวหา ผู้เสียหาย ผู้ร้องทุกข์กล่าวโทษ ผู้ให้ถ้อยคำ หรือผู้แจ้งเบาะแสหรือข้อมูล
2. ให้ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนเท่าที่จำเป็นจากหน่วยงานที่รับผิดชอบ
3. การให้รางวัลตอบแทนหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้ให้ถ้อยคำ หรือผู้แจ้งเบาะแสหรือข้อมูล
4. คณะกรรมการ ป.ป.ช. อาจเสนอต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อสั่งการให้ผู้ร่วมมือกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้รับการคุ้มครอง
5. คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจกันผู้ให้ความร่วมมือกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไว้เป็นพยานได้
6. ให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการจัดทำข้อมูลรายละเอียดค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง โดยเฉพาะราคากลางและการคำนวณราคากลางไว้ในระบบข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าตรวจสอบได้
7. ในกรณีที่มีการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับบุคคลหรือนิติบุคคลที่เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ ให้บุคคลหรือนิติบุคคลที่เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐนั้น มีหน้าที่แสดงรายการรับจ่ายของโครงการที่เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐต่อกรมสรรพากรนอกเหนือจากบัญชีควบคุมปกติที่ยื่นประจำปี เพื่อให้มีการตรวจสอบเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินและการคำนวณภาษีเงินได้ในโครงการที่เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐดังกล่าว ทั้งนี้ ตามประกาศคณะกรรมการ ป.ป.ช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการจัดทำและแสดงบัญชีรายการรับจ่ายของโครงการที่บุคคลหรือนิติบุคคลเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2554
8. ในกรณีที่ปรากฏจากการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่าบุคคลหรือนิติบุคคลใดมีส่วนเกี่ยวข้องกับการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐ และมีความจำเป็นต้องตรวจสอบธุรกรรมทางการเงินหรือการชำระภาษีเงินได้ของบุคคลหรือนิติบุคคลนั้น แล้วแต่กรณี ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจประสานงานและสั่งให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวรับเรื่องไปดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ แล้วรายงานผลการดำเนินการให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทราบต่อไป
9. ในกรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. เห็นสมควร เพื่อดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการป้องกันและปราบปรามการทุจริตเนื่องจากการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งคณะกรรมการ ป.ป.ช. เห็นสมควรในการกำหนดมาตรการเพื่อให้หน่วยงานของรัฐไปปฏิบัติ ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจสั่งให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการไปตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนดมาตรการในเรื่องนั้น แล้วรายงานให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทราบก็ได้

10. ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีหน้าที่รายงานต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อสั่งการให้หน่วยงานของรัฐจัดทำข้อมูลเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง โดยหน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวัน นับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้ดำเนินการดังกล่าว และให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีหน้าที่ติดตามผลการดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีในกรณีดังกล่าวด้วย ซึ่งหากหน่วยงานของรัฐใดฝ่าฝืนหรือไม่ดำเนินการ ให้ถือว่าผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องมีความผิดทางวินัย หรือเป็นเหตุที่จะถูกถอดถอนจากตำแหน่งหรือต้องพ้นจากตำแหน่งแล้วแต่กรณี

สำหรับด้านวิชาการที่ส่งเสริมป้องกันการทุจริต ได้แก่ งานการวิจัย งานต่างประเทศ และสถาบันป้องกันและปราบปรามการทุจริต โดยในส่วนของงานการวิจัยจะมีบทบาทในการให้ทุนส่งเสริมและสนับสนุนการวิจัยแก่บุคคลทั่วไปและวิทยานิพนธ์ในระดับปริญญาโทและปริญญาเอก รวมทั้งสนับสนุนทุนวิจัยแก่เจ้าหน้าที่ในสำนักงาน ป.ป.ช. โดยมีคณะอนุกรรมการฝ่ายวิจัยและคณะทำงานตรวจสอบทางวิชาการเป็นผู้อนุมัติ ตรวจสอบ กำกับงานวิจัย นอกจากนั้นยังมีดัชนีวัดความโปร่งใสหน่วยงานภาครัฐ ที่ได้ส่งเสริมผลงานในรูปแบบ Journal เช่น วารสารวิชาการ จัดทำสาร ป.ป.ช. ผู้โรงเรียน จัดประชุมทางวิชาการในระดับนานาชาติ รวมถึงการสร้างเครือข่ายทางวิชาการในต่างประเทศ โดยนำเสนอผลงานทางวิชาการ มีการเสริมสร้างคุณธรรมและจริยธรรม พัฒนาด้านวิชาการ ในศาสตร์ของกฎหมายและเศรษฐศาสตร์ โดยจัดตั้งศูนย์นิติเศรษฐศาสตร์ขึ้นในศูนย์วิจัยเพื่อต่อต้านการทุจริต ป้าย อิงภากรณ์ และได้จัดทำบันทึกข้อตกลงร่วมกัน (MOU) ระหว่างสำนักงาน ป.ป.ช. กับมหาวิทยาลัยแห่งชาติออสเตรเลีย (AUN) มหาวิทยาลัยซิดนีย์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ (นิด้า) และสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) ซึ่งมีการลงนามในวันที่ 25 สิงหาคม 2555 และในด้านการต่างประเทศได้จัดให้มีการบันทึกข้อตกลง (MOU) ระหว่างสำนักงาน ป.ป.ช. กับประเทศต่างๆ หลายประเทศ เพื่อสร้างความร่วมมือในการต่อต้านการทุจริต จัดประชุมนานาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (IACC) และการเข้าร่วมประชุมนานาชาติที่สำคัญ เช่น APEC หรือ ADB/OECD เป็นต้น จัดให้มีรางวัล The Gold Standard Award และจัดทำ NACC Integrity Award สำหรับสถาบันป้องกันและปราบปรามการทุจริต เป็นสถาบันที่พัฒนาองค์ความรู้ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและจัดอบรมทั้งภายในและนอกองค์กร<sup>57</sup>

<sup>57</sup> “กฎหมายกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต” (น.286 -287). เล่มเดิม.

## 2.3 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง และหลักการพื้นฐานของการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

### 2.3.1 การกระทำทางปกครอง และคำสั่งทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง คือ “ผลผลิตการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง” ประเภทของการกระทำทางปกครองอาจแยกได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ ปฏิบัติการทางปกครอง สัญญาทางปกครอง และนิติกรรมทางปกครอง

ความหมายการปฏิบัติการทางปกครองนั้น เนื่องจากการปฏิบัติการทางปกครองมีอยู่หลากหลายจนไม่อาจหาลักษณะร่วมกัน ได้ดังเช่นนิติกรรมทางปกครอง อย่างไรก็ตามปฏิบัติการทางปกครองถือเป็นการกระทำทางปกครองประการหนึ่ง การให้ความหมายของการปฏิบัติการทางปกครองจึงอาจให้ความหมายได้ว่า “ผลผลิตการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของฝ่ายปกครองที่ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง”<sup>58</sup>

“สัญญาทางปกครอง” เป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยทั่วไปการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการออกนิติกรรมทางปกครองเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผลได้ วิธีการจัดทำบริการสาธารณะโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียวนี้ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องมีกฎหมายกำหนดให้กระทำได้ ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดให้กระทำได้แล้วฝ่ายปกครองย่อมไม่มีอำนาจผูกนิติสัมพันธ์ได้ แต่ในส่วนของสัญญาทางปกครองเป็นวิธีการผูกนิติสัมพันธ์อีกประการหนึ่งของฝ่ายปกครอง โดยที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องใช้อำนาจฝ่ายเดียวตามกฎหมายในขณะที่สัมพันธ์นั้น ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะฝ่ายปกครองเห็นว่ากิจการบางประการไม่เหมาะสมที่จะใช้อำนาจตามกฎหมายบังคับในการผูกนิติสัมพันธ์หรือไม่มีกฎหมายในอำนาจฝ่ายปกครองบังคับเอาฝ่ายเดียวได้ ฝ่ายปกครองจึงใช้รูปแบบของสัญญามาเป็นเครื่องมือในการผูกนิติสัมพันธ์เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจึงเกิดขึ้นบนพื้นฐานของสัญญา แต่มิได้หมายความว่าต้องบังคับตามหลักกฎหมายว่าด้วยเรื่องสัญญาในทางแพ่งเสียทั้งหมด ทฤษฎีว่าด้วยการบริการสาธารณะได้แยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาในทางแพ่ง เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถจัดทำบริการสาธารณะได้ต่อเนื่องและเกิดประโยชน์สูงสุดต่อมหาชน<sup>59</sup>

<sup>58</sup> จาก การกระทำทางปกครอง : ในหนังสือ อาจารย์บุญชา ศาสตราจารย ์ ดร.อมร จันทรมนุรณ, (น.153), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2549, กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.

<sup>59</sup> จาก กฎหมายปกครอง (น. 428-429), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2553), กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

“นิติกรรมทางปกครอง” คือ การอันองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือ องค์กรเอกชนอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอพระราชบัญญัติ ทำการแทนองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และในนามของหน่วยงานดังกล่าว แต่เพียงฝ่ายเดียวเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลหนึ่งหรือบุคคลคณะหนึ่งว่าตนประสงค์จะให้เกิด ผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของ รัฐกับบุคคลหรือบุคคลคณะนั้น โดยที่บุคคลหรือบุคคลคณะนั้น ไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม” นิติกรรม ทางปกครองแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ กฎ และคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตามการให้ความหมาย ของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวเป็นการให้ความหมายที่อิงระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส แต่ในระบบกฎหมายไทยนั้น ไม่มีกฎหมายใดให้ความหมายที่ชัดเจนของนิติกรรมทางปกครอง ไว้ ในวงวิชาการเองก็มีความเห็นแตกต่างกัน จึงมีการใช้คำว่านิติกรรมทางปกครองในความหมาย อย่างกว้างและความหมายอย่างแคบ ในความหมายอย่างกว้างนั้นนิติกรรมทางปกครองหมายความ รวมทั้งกฎและคำสั่งทางปกครอง ส่วนในความหมายอย่างแคบนิติกรรมทางปกครองหมายถึง คำสั่งทางปกครองแต่เพียงอย่างเดียว<sup>60</sup> ซึ่งการให้ความหมายอย่างแคบนี้เป็นการให้ความหมายที่อิง กับระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

“กฎ” มีการให้ความหมายของกฎไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 5 วรรคสี่ ว่า “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือ บุคคลใดเป็นการเฉพาะ” จากคำนิยามตามกฎหมายดังกล่าวจะเห็นลักษณะสำคัญของกฎว่าเป็น ข้อความที่ให้มีการกระทำ ห้ามกระทำ หรืออนุญาตให้กระทำ โดยบังคับกับบุคคลเป็นการทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจง แต่อาจจะระบุเป็นประเภทตามสถานภาพหรือคุณลักษณะของบุคคลได้ เช่น ผู้เยาว์ ข้าราชการ บุคคลต่างด้าว ผู้ประกอบวิชาชีพต่างๆ เป็นต้น กรณีจึงไม่สามารถระบุขอบเขตจำกัดของ จำนวนบุคคลได้ และการที่ถูกบังคับให้กระทำ ห้ามกระทำ หรืออนุญาตให้กระทำนั้น ต้องมี ลักษณะเป็นนามธรรม<sup>61</sup>

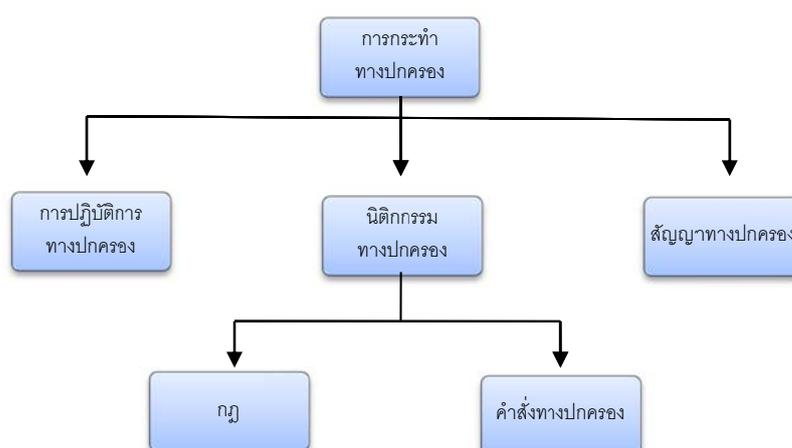
“คำสั่งทางปกครอง” ได้มีการให้ความหมายของคำสั่งทางปกครองไว้ในพระราชบัญญัติวิธี ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ว่า “การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผล เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมี

<sup>60</sup> การกระทำทางปกครอง (น.147). เล่มเดิม.

<sup>61</sup> การกระทำทางปกครอง เดิม (น.155 -156). เล่มเดิม.

ผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ” คำนิยามดังกล่าวมีลักษณะสอดคล้องกับการให้ความหมายของคำสั่งทางปกครองในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กรณีจึงอาจแยกองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองได้ 6 ประการ ได้แก่ 1. เป็นการกระทำโดยฝ่ายปกครอง 2. มีผลโดยตรงเป็นการกอนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพหรือสิทธิหน้าที่ของบุคคล 3. มีลักษณะเป็นคำสั่ง คำวินิจฉัย มาตรการที่มีวัตถุประสงค์อันแสดงออกมาด้วยลายลักษณ์อักษร หรือวาจา หรือโดยผ่านการเคลื่อนไหวของร่างกาย 4. มีลักษณะการใช้อำนาจปกครอง 5. มีผลโดยตรงสู่ภายนอก 6. เป็นกรณีเฉพาะเรื่อง<sup>62</sup> นอกจากนี้ยังได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้คำสั่งของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ คำสั่งให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา และการสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่าซื้อ ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ การอนุมัติจัดซื้อจัดจ้าง แลกเปลี่ยนให้เช่าซื้อ ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน รวมถึงการสั่งให้เป็นผู้ทำงานในการดำเนินการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์

จากความหมายของการกระทำทางปกครอง นิติกรรมทางปกครอง ปฏิบัติการทางปกครอง สัญญาทางปกครอง กฎ และคำสั่งทางปกครองดังกล่าว จึงอาจแสดงความสัมพันธ์ตามความหมายได้ดังแผนภาพต่อไปนี้



<sup>62</sup> จาก คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 1 (น. 30-31), โดย มานิตย์ จุมปา, 2549, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

การกระทำของเจ้าหน้าที่จะถือเป็นการกระทำทางปกครอง ตลอดจนเป็นการออกคำสั่งทางปกครองก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจทางบริหารเท่านั้น อำนาจทางนิติบัญญัติ และอำนาจในทางตุลาการ ไม่ถือเป็นอำนาจทางบริหารที่จะทำให้การกระทำของเจ้าหน้าที่เป็นการกระทำทางปกครองไปได้ นอกจากการพิจารณาว่าเป็นอำนาจในทางบริหารหรือไม่แล้ว การพิจารณาว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่เป็นการกระทำทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ต้องพิจารณาลงไปในการใช้อำนาจทางบริหารนั้นอีกว่า “แหล่งที่มาของอำนาจ” เป็นไปตามกฎหมายใด หากเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้ว การกระทำนั้นไม่เป็นการกระทำทางปกครอง แต่เป็นการกระทำที่เรียกว่า “การกระทำทางรัฐบาล” แต่หากเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดแล้ว การกระทำนั้นจึงถือเป็นการกระทำทางปกครอง และอาจเป็นคำสั่งทางปกครองได้<sup>63</sup> เช่น ศาลเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในทางตุลาการย่อมไม่ใช่หน่วยงานทางปกครอง<sup>64</sup> แต่สำนักงานศาลยุติธรรมเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในทางตุลาการให้กับศาลซึ่งมิได้ใช้อำนาจในทางตุลาการจึงเป็นหน่วยงานทางปกครองได้ เช่นเดียวกับ สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน<sup>65</sup>

ในหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารนั้น เจ้าหน้าที่ที่มีความสัมพันธ์กันตามลำดับชั้นในรูปแบบของพีรามิด เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในตำแหน่งที่สูงกว่ามีอำนาจบังคับบัญชาผู้อยู่ในตำแหน่งต่ำกว่า และรับผิดชอบงานของเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในตำแหน่งต่ำกว่าที่อยู่ได้บังคับบัญชาของตน ผู้บังคับบัญชาจึงมีอำนาจออกคำสั่งบังคับให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ห้ามมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออนุญาตให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้เสมอ การออกคำสั่งของผู้บังคับบัญชาดังกล่าวอาจเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” หรือเป็น “มาตรการ

<sup>63</sup> จาก การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง (น.6-7), โดย วรพจน์ วิศรุดพิชญ์, 2557, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>64</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 629/2545 องค์กรศาลไม่ใช่หน่วยงานทางปกครอง เนื่องจากการพิจารณาและพิพากษาคดีของศาลเป็นการใช้อำนาจตุลาการตามรัฐธรรมนูญ มิใช่การใช้อำนาจหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร

<sup>65</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.427/2551 หน่วยงานอื่นของรัฐหมายความว่ารวมถึง ส่วนราชการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้เป็นหน่วยงานอิสระทำหน้าที่เป็นหน่วยงานตุลาการให้ศาลและองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เช่น สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน เป็นต้น แต่ในบางกรณีหน่วยงานตุลาการของศาลหรือองค์กรอิสระนั้นก็มีกฎหมายกำหนดให้มีฐานะเป็นกรม จึงถือได้ว่าเป็นหน่วยงานราชการที่มีชื่อเรียกอย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม

ภายในฝ่ายปกครอง” ก็ได้ โดยคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่มีต่อหน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการหรือพนักงานนั้น ถือเป็นนิติกรรมทางปกครอง เช่น การเลื่อนระดับ การเลื่อนขั้นเงินเดือน การลงโทษทางวินัย เป็นต้น แต่หากเป็นคำสั่งที่ไม่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวแล้ว ไม่ถือเป็นนิติกรรมทางปกครอง แต่เป็นมาตรการภายในฝ่ายปกครอง เช่น คำสั่งให้ไปช่วยราชการ การสอบสวนข้อเท็จจริง การชี้แจงแสดงความคิดเห็น เป็นต้น แม้กระทั่งแนวทางปฏิบัติ หรือนโยบายที่ผู้บังคับบัญชากำหนดให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจตามอำนาจหน้าที่ในเรื่องต่างๆ นั้น ไม่ใช่กฎหรือนิติกรรมทางปกครองแต่อย่างใด เป็นเพียงมาตรการภายในการปกครองเท่านั้น<sup>66</sup> เช่น คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน<sup>67</sup> คำสั่งแต่งตั้งพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ<sup>68</sup> หนังสือเวียนแนวทางให้การปฏิบัติงานให้เป็นรูปแบบเดียวกัน<sup>69</sup> เป็นต้น

### 2.3.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

ระบบกฎหมายปกครองของรัฐสมัยใหม่ที่ได้ชื่อว่าเป็น “รัฐเสรีประชาธิปไตย” วางอยู่บนหลักพื้นฐานของ “หลักนิติธรรม” หรือ “หลักการปกครองของกฎหมาย ไม่ใช่การปกครองของมนุษย์” ตามหลักนี้ฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างใดๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่ง แม้ว่าการกระทำนั้น จะนำไปเพื่อ

<sup>66</sup> จาก การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง (น.161-162). เด่มเดิม.

<sup>67</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 424/2546 คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน เป็นการเตรียมการเพื่อจัดให้มีการออกคำสั่งทางปกครองของอธิบดีกรมที่ดิน จึงเป็นเพียงการพิจารณาทางปกครอง

<sup>68</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 444/2550 การที่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีคำสั่งแต่งตั้งพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ เป็นการอำนาจตามข้อบังคับกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยระเบียบการดำเนินคดีอาญา พ.ศ. 2523 ออกโดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 16 อันเป็นคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งผู้ใต้บังคับบัญชาให้ร่วมปฏิบัติงานให้เสร็จสิ้น จึงเป็นมาตรการภายในฝ่ายปกครองที่ผู้บังคับบัญชามอบหมายหน้าที่ให้ผู้ใต้บังคับบัญชา มิใช่คำสั่งทางปกครอง แต่เป็นการกระทำทางปกครองที่ทำได้มีผลเป็นการก่อนนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างผู้ต้องหาในคดีกับผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติแต่ประการใดไม่

<sup>69</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 274/2550 การที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีมติเห็นชอบให้จ้างบุคคลภายนอกสรุปวิเคราะห์ข้อมูลและข้อเท็จจริง และมีหนังสือเวียนแบบฟอร์มการดำเนินการดังกล่าวเพื่อเป็นแนวทางให้การปฏิบัติงานให้เป็นรูปแบบเดียวกัน การดำเนินการดังกล่าวเป็นเพียงการดำเนินการภายใน ไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพหรือสิทธิหน้าที่ของข้าราชการ ในสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือก่อความเดือดร้อนหรืออาจจะเดือดร้อน โดยตรงแก่ข้าราชการนั้นเป็นการเฉพาะตัว

คุ้มครองสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของผู้อื่น หรือเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมของประชาชนที่เรียกว่า “ประโยชน์มหาชน” ก็ตาม จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น หลักการที่เป็นสาระสำคัญของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมาจากข้อเท็จจริงที่เป็นพื้นฐานที่สำคัญที่เกิดจากความแตกต่างกันระหว่างระบบกฎหมายปกครองกับกฎหมายเอกชน ที่ว่าหลักกฎหมายเอกชนนั้นเน้นหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาที่มีความหมายว่าเอกชนนั้นสามารถกระทำการใดๆ ก็ได้ที่ไม่มีกฎหมายกำหนดห้ามอย่างชัดเจน แต่ในขณะที่การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นกลับมีหลักการที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ การที่ฝ่ายปกครองจะทำการใดได้นั้นจะต้องมีการตรวจสอบเสียก่อนว่ามีกฎหมายฉบับใดที่ให้อำนาจในการดำเนินการในเรื่องนั้นแก่ตนหรือไม่ กล่าวคือ สำหรับการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นหากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถกระทำการนั้นได้<sup>70</sup>

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นหลักการที่รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนว่า การที่รัฐ โดยเจ้าหน้าที่และฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ในลักษณะก้าวล่วงเข้าไปในขอบเขตสิทธิเสรีภาพหรือทรัพย์สินของประชาชน ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ หรือมีกฎหมายลำดับรองที่อาศัยอำนาจที่ตราจากรัฐสภากำหนดให้กระทำได้เท่านั้น หรือในขอบเขตอย่างกว้างอาจหมายความว่า การใช้อำนาจบริหารจะต้องใช้ภายในขอบเขตที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้ สำหรับมาตรการของรัฐที่เป็นคุณหรือให้ประโยชน์แก่ประชาชนนั้น หลักกฎหมายนี้จะถูกนำมาใช้อย่างจำกัด<sup>71</sup>

ในการดำเนินการทางปกครองจะมีกฎหมายหลายฉบับที่ให้อำนาจแก่องค์กรทางปกครอง เพื่อให้สามารถออกคำสั่งทางปกครองตามภาระหน้าที่ขององค์กรทางปกครองนั้นได้ แต่ในขณะเดียวกันก็มีกฎหมายอีกหลายฉบับที่กำหนดหลักเกณฑ์การใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้การใช้อำนาจเป็นไปอย่างระมัดระวังและไม่เกิดความเสียหายแก่เอกชนที่เกี่ยวข้อง และยังมีหลักกฎหมายปกครองอีกเป็นจำนวนมากที่กำหนดขึ้นเพื่อกำกับการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ด้วยความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งทางปกครอง ตั้งแต่ขั้นตอนการพิจารณา การใช้ดุลพินิจ และรูปแบบการทำคำสั่งทางปกครอง

<sup>70</sup> จาก ความหมายและความสำคัญของศาลปกครอง (น. 15), โดย วรพจน์ วิสริตพิชญ์, 2540, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

<sup>71</sup> จาก หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.218), โดย กมลชัย รัตนสกวาศ์, 2554, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

เนื้อหาของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้น มีหลักการพื้นฐานที่สำคัญอยู่ 2 ประการ<sup>72</sup> ดังนี้

(1) หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายคือหลักการที่กำหนดหรือเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง โดยไม่กระทำการใดๆ ให้ขัดกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนแล้ว คำว่า “กฎหมาย” ที่อยู่ในหลักการนี้ หมายถึงกฎหมายประเภทใดบ้างนั้น แตกต่างกันไปตามลักษณะของการกระทำทางปกครอง กล่าวคือ หากเป็น กฎ นั้น “กฎหมาย” ที่ใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายความถึงรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ กฎหมายจารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป และหากเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น “กฎหมาย” ที่ใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนอกจากจะหมายถึงรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ กฎหมายจารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไปแล้วยังรวมถึงกฎ (กฎหมายลำดับรองทั้งหลาย) ที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับโดยองค์กรฝ่ายปกครองเองด้วย การกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะมีผลเช่นไรเป็นเรื่องของนิตินโยบาย ซึ่งจะกำหนดผลร้ายที่จะเกิดขึ้นหากฝ่ายปกครองละเมิดหลักการดังกล่าว และมีผลแตกต่างกันออกเป็นได้หลายกรณี

(2) หลักไม่มีกฎหมายให้อำนาจ

หลักการนี้กำหนดว่าฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายนั้น เรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น เหตุที่การกระทำทางปกครองต้องมีกฎหมายให้อำนาจนั้นเพราะสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐ และหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

2.3.3 หลักความมั่นคงแห่งสิทธิหรือนิติฐานะของบุคคล

หลักความมั่นคงแห่งสิทธิหรือนิติฐานะของบุคคลเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ โดยเพื่อให้เกิดความมั่นคงนั้น รัฐต้องรับรองสิทธิของประชาชนในการเข้าถึงบทบัญญัติของกฎหมายและข้อมูลข่าวสารของรัฐ โดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้ประชาชนทราบถึงมาตรการของรัฐที่อาจกระทบต่อสิทธิของตน รวมถึงรับรองผลทางกฎหมายที่ประชาชนจะได้รับอันเนื่องมาจากการกระทำที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่มีการกระทำนั้น หลักความ

<sup>72</sup> จากหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น.19), โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

มั่นคงแห่งสิทธิ หรือนิติฐานะของบุคคลจึงมีความสำคัญต่อผู้ทรงสิทธิในการสร้างความมั่นใจในการวางแผนการดำรงชีวิตของตนเพื่อใช้สิทธิตามที่กำหนดในกฎหมายและตามความต้องการของตนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ประชาชนมีความเชื่อมั่นในผลบังคับของคำสั่งทางปกครอง แม้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งยังคงมีผลบังคับตราบที่ยังไม่ถูกยกเลิกหรือเพิกถอนเมื่อประชาชนได้ปฏิบัติตนให้สอดคล้องกับคำสั่งทางปกครองนั้นแล้ว รัฐสมควรให้ความคุ้มครองความเชื่อมั่นนั้นแก่สิทธิของประชาชนต่อความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้ประชาชนมีความมั่นคงในสิทธิหรือนิติฐานะของตน<sup>73</sup>

ความมั่นคงแห่งสิทธิเป็นเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของระบบระเบียบกฎหมาย การไต่ตรองเชิงนิติศาสตร์นั้น ไม่เพียงแต่จะพิจารณาถึงความยุติธรรมเท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาในประเด็นที่ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายมีความรู้สึกว่ามีสิทธิต่างๆ ที่เขาได้รับตามกฎหมายมีความมั่นคงด้วย ซึ่งจะทำให้ประชาชนแต่ละคนสามารถวางแผนการดำรงตนหรือการใช้สิทธิของตนในระเบียบกฎหมายได้ ผลของหลักกฎหมายนี้จึงไม่อาจมีการเรียกร้องสิทธิให้กับผู้ที่รับนิติกรรมทางปกครองกลับคืนหรือย้อนหลังกลับไปอีก<sup>74</sup>

หลักความมั่นคงแห่งสิทธิหรือนิติฐานะของบุคคลเป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชน และมีความสำคัญต่อการใช้อำนาจรัฐทั้งด้านนิติบัญญัติ ด้านการใช้อำนาจทางปกครอง และการใช้อำนาจตุลาการ

หลักความมั่นคงแห่งสิทธิในฐานะบทบัญญัติของกฎหมาย ทำให้การบัญญัติกฎหมายต้องเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์หรือข้อบังคับที่มีความชัดเจน ระยะเวลาใช้บังคับกฎหมายต้องมีความต่อเนื่องและไม่เปลี่ยนแปลงโดยง่าย หากกฎหมายมีลักษณะดังกล่าวประชาชนย่อมให้ความเชื่อถือไว้วางใจต่อหลักเกณฑ์ ข้อบังคับที่สอดคล้องกับความคาดหมายหรือสถานะทางกฎหมายของตน และเชื่อว่ารัฐจะคุ้มครองความเชื่อถือโดยสุจริตของตนหากมีการยกเลิกกฎหมายดังกล่าวรวมทั้งเชื่อว่าจะมีการใช้ดุลพินิจโดยชอบในการยกเลิกกฎหมาย

หลักความมั่นคงแห่งสิทธิในคำสั่งทางปกครอง มีบทบาทให้คำสั่งทางปกครองที่ออกมาต้องมีความชัดเจน เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมและบังคับกับการเฉพาะเรื่อง แม้ว่าคำสั่งทางปกครองจะไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ย่อมมีผลบังคับเสมอตามหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ ทั้งนี้ เพื่อให้การกระทำทางปกครองมีความต่อเนื่องและมั่นคงแน่นอน และประชาชนสามารถเชื่อถือต่อผลการบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้ อย่างไรก็ตามความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทาง

<sup>73</sup> จาก “การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในกฎหมายเยอรมัน”, โดย วรณารี สิงห์โต, *วารสารศาลปกครอง*, 27 ตอน 2, น.93-94.

<sup>74</sup> *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* (น.218-219). เล่มเดิม.

ปกครองอาจทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นสุดผลบังคับได้ แต่ฝ่ายปกครองก็ยังคงคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองในการทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวสิ้นสุดผลบังคับไป

หลักความมั่นคงแห่งสิทธิในฐานะคำพิพากษาของศาล บทบาทต่อคำพิพากษาของศาลนี้เป็นประเด็นโต้แย้งในเรื่องความมั่นคงของสิทธิกับความเป็นเอกภาพของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย โดยหลักแล้วคำพิพากษาของศาลโดยเฉพาะของศาลสูงย่อมเป็นที่สุด มีผลผูกพันคู่กรณีและไม่สามารถทบทวนโดยองค์กรใดๆ ได้อีก ซึ่งในบางกรณีคำพิพากษาของศาลได้วางแนวบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปและเป็นนามธรรม ดังเช่น กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย อย่างไรก็ตามเพื่อรักษาความเป็นอิสระของการพิจารณาคดีของศาลและการปรับบทกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ศาลจึงไม่ผูกพันต่อแนวคำพิพากษาก่อนๆ ทำให้ประชาชนไม่อาจมีความเชื่อถือหรือไว้วางใจต่อคำพิพากษาอย่างความเชื่อถือที่มีต่อหลักเกณฑ์ทางกฎหมายและคำสั่งทางปกครองได้ แต่มีนักวิชาการให้ความเห็นว่ากรณีที่ศาลเปลี่ยนแนวคำพิพากษาเร็วเกินไปอาจทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งกระทบต่อความเชื่อถือหรือไว้วางใจและความมั่นคงแห่งสิทธิของประชาชน ดังนั้น ศาลจึงจำเป็นต้องคำนึงถึงหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง หลักความเสมอภาค การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญอื่นในการพิจารณาเปลี่ยนแนวคำพิพากษาของตนด้วย<sup>75</sup>

#### 2.3.4 หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง

ก. ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง

หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองเป็นหลักกฎหมายที่กำหนดว่าปัจเจกชนผู้ตกอยู่ใต้อำนาจปกครองของรัฐย่อมสามารถที่จะเชื่อมั่นในความคงอยู่สำหรับการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง และความเชื่อมั่นหรือความไว้วางใจดังกล่าวต้องได้รับการคุ้มครอง หลักการนี้มีความสำคัญอย่างยิ่งในการพิจารณาว่า คำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์ต่อผู้รับคำสั่งทางปกครอง เมื่อฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งดังกล่าวไปแล้ว จะสามารถเพิกถอนคำสั่งนั้นได้หรือไม่ และภายใต้เงื่อนไขอย่างไร เมื่อพิจารณาในรายละเอียดแล้ว จะเห็นว่าหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองมีผลสนับสนุนต่อความมั่นคงแห่งสิทธิหรือนิติฐานะบุคคล กล่าวคือ หลักความมั่นคงแห่งสิทธิหรือนิติฐานะของบุคคลเป็นหลักการ

<sup>75</sup> “การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในกฎหมายเยอรมัน” (น.97-98). เล่มเดิม.

ย่อยของนิติรัฐ ในทางกฎหมายอาจจัดลำดับความสัมพันธ์จากหลักการย่อยไปสู่หลักการใหญ่ได้ คือ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง-หลักความมั่นคงแห่งสิทธิของหรือนิติฐานะของบุคคล-นิติรัฐ<sup>76</sup>

ในระบบกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองมีที่มาเริ่มแรกจากหลักไม่มีผลย้อนหลังในกฎหมายอาญา ซึ่งมีสถานะเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ หลักดังกล่าวมีสาระสำคัญว่ากฎหมายจะไม่ถูกนำไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนวันที่กฎหมายนั้นใช้บังคับ โดยนัยนี้หลักไม่มีผลย้อนหลังในกฎหมายอาญาจึงแฝงแนวคิดในลักษณะที่ประสงค์จะคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของบุคคล

ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะสามารถกล่าวอ้างความเชื่อถือหรือไว้วางใจได้นั้นต้องปรากฏว่ามีพื้นฐานของความเชื่อ โดยส่วนใหญ่พื้นฐานของความเชื่อจะเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายหรือบทบัญญัติของกฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครอง ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายเป็นปัจจัยที่มีผลต่อความเชื่อถือหรือไว้วางใจเป็นอย่างมากเพราะบทบัญญัติของกฎหมายมีวัตถุประสงค์ในการก่อตั้งหรือรับรองสิทธิของประชาชน นอกจากนี้ การกล่าวอ้างยังต้องปรากฏความคงอยู่ของความเชื่อหรือไว้วางใจนั้นอยู่ด้วย กล่าวคือ ในเบื้องต้นผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องมีความรู้เกี่ยวกับกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายหรือบทบัญญัติของกฎหมายอันเป็นพื้นฐานของความเชื่อเสียก่อน และได้มีการแสดงถึงความคงอยู่ในความเชื่อหรือไว้วางใจนั้นออกสู่ภายนอกให้เป็นที่ประจักษ์ หากในขณะนั้นไม่ปรากฏว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองได้มีความเชื่อหรือไว้วางใจดังหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด หรือมิได้แสดงออกให้เป็นที่ประจักษ์ต่อภายนอก ผู้นั้นย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองในความเชื่อถือหรือความไว้วางใจ

มีข้อน่าพิจารณาว่าความเชื่อของฝ่ายปกครองหรือองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครอง ในฐานะที่เป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้น จะสามารถได้รับการคุ้มครองหรือไม่ ซึ่งในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีคำพิพากษาของศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐว่าความเชื่อของฝ่ายปกครองหรือองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครองไม่อาจได้รับความคุ้มครอง โดยเมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการพัฒนาหลักกฎหมายดังกล่าวแล้ว จะเห็นว่าหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจนั้น มุ่งเน้นคุ้มครองเอกชนที่ได้รับผลกระทบต่อการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง และ

<sup>76</sup> หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น.39). เล่มเดิม.

สำหรับฝ่ายปกครองหรือองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครองในฐานะที่เป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว<sup>77</sup>

ข. หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองในการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

รูปแบบของการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองในการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ การคุ้มครองสถานะของคำสั่งทางปกครอง และการคุ้มครองสถานะของผู้รับคำสั่งทางปกครอง หากเป็นการคุ้มครองสถานะของคำสั่งทางปกครองฝ่ายปกครองต้องพิจารณาถึงความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองประกอบกับความเชื่อถือโดยสุจริตของคู่กรณี สำหรับการคุ้มครองสถานะของผู้รับคำสั่งทางปกครองฝ่ายปกครองจะคำนึงถึงการทดแทนความเสียหายของคู่กรณีอื่นเนื่องมาจากความเชื่อของคู่กรณีต่อคำสั่งทางปกครองที่ถูกกระทบ

ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่เป็นภาระจะถูกเพิกถอนด้วยเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมาย การยกเลิกหรือเพิกถอนเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง การใช้ดุลพินิจตัดสินใจของฝ่ายปกครองต้องพิจารณาเปรียบเทียบความสำคัญระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักความมั่นคงแห่งสิทธิหรือนิติฐานะของบุคคล ซึ่งถือว่าหลักกฎหมายทั้งสองเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐและมีสถานะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงมีความสำคัญเท่าเทียมกัน ส่วนหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองมักไม่นำมาพิจารณาในกรณีนี้ เพราะการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นคุณประโยชน์ต่อผู้รับคำสั่งทางปกครองอยู่แล้ว ในการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองฝ่ายปกครองต้องพิจารณาถึงความสำคัญระหว่างผลประโยชน์กับสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองประกอบกับพิจารณาถึงสถานการณ์พิเศษที่อาจเกิดขึ้น เช่น การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นภาระนั้น จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณี บุคคลที่สาม หรือส่วนรวมในภายหลัง หรือการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี จึงไม่ต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวต่อไป เป็นต้น<sup>78</sup>

อย่างไรก็ตามหลักการนี้อาจขัดแย้งกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้ เมื่อฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งให้ประโยชน์กับผู้รับคำสั่งทางปกครอง หากผู้รับคำสั่งทางปกครองสุจริต ย่อมมีปัญหาให้ต้องพิจารณาว่าฝ่ายปกครอง

<sup>77</sup> “การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในกฎหมายเยอรมัน” (น.98-101). เล่มเดิม.

<sup>78</sup> แหล่งเดิม.

จะสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้หรือไม่ หากถือหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองต้องแก้ไขความผิดพลาดทางกฎหมายที่เกิดขึ้น คือคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายต้องถูกเพิกถอนไป แต่ในด้านเอกชนผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองที่จะถูกเพิกถอนนั้น ย่อมต้องคัดค้านโดยอาศัยความเชื่อโดยสุจริตของตนที่มีต่อคำสั่งทางปกครองนั้น โดยเหตุที่หลักการทั้งสองประการมีน้ำหนักความสำคัญใกล้เคียงกันในการพิจารณาการกระทำทางปกครอง ฝ่ายปกครองจึงต้องคำนึงถึงหลักการทั้งสองประการไว้เสมอในการออกคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะประกอบด้วย<sup>79</sup>

ข้อห้ามที่ไม่ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการหรือสั่งการฝ่าฝืนกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น มีความหมายรวมไปถึงหน้าที่อย่างหนึ่งของฝ่ายปกครองที่จะต้องให้ความคุ้มครองความไว้วางใจของประชาชน เพื่อให้ประชาชนมีความมั่นคงในสิทธิของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เมื่อประชาชนมีความเชื่อถือต่อคำสั่งทางปกครองว่าได้กระทำโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว การยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องนำความเชื่อถือหรือความไว้วางใจดังกล่าวมาชั่งน้ำหนักกับประโยชน์มหาชนว่าสมควรจะยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกไปแล้วหรือไม่ ต่อเมื่อประโยชน์มหาชนมีความสำคัญมากกว่าจึงจะยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้<sup>80</sup>

### 2.3.5 แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ

ในทางกฎหมายมิได้นิยามความหมายของ “ประโยชน์สาธารณะ” ไว้อย่างชัดเจน ทำให้ไม่สามารถกำหนดได้ว่าประโยชน์สาธารณะมีความหมายเพียงใด เพียงแต่ประโยชน์สาธารณะมีลักษณะเป็นวัตถุประสงค์ของรัฐในการดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม จึงอาจกล่าวได้ว่า ประโยชน์สาธารณะ คือ ความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคมมิใช่เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ดำเนินการเอง ประโยชน์สาธารณะเป็นความต้องการของบุคคลแต่ละคนที่ตรงกันและมีจำนวนมากจนเป็นกลุ่มมากหรือเป็นส่วนใหญ่ของสังคมจนความต้องการนั้นถูกยกระดับให้เป็นประโยชน์สาธารณะ และเป็นการดำเนินการโดยรัฐ นอกจากนี้ประโยชน์สาธารณะย่อมสำคัญเหนือประโยชน์ของปัจเจกบุคคล<sup>81</sup>

พจนานุกรมศัพท์กฎหมายมหาชนของ Philippe Foillard ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า ประโยชน์สาธารณะ (interest general) ว่า “ข้อพิพาทข้อแรกของกิจกรรมของฝ่ายปกครอง” โดย

<sup>79</sup> หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น.40). เล่มเดิม.

<sup>80</sup> หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.218). เล่มเดิม.

<sup>81</sup> จาก หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (น.33), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2540, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

อธิบายไว้ว่าหน้าที่หลักของฝ่ายปกครองคือการทำกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” มิใช่เพื่อประโยชน์ของเอกชนรายหนึ่งรายใด กิจกรรมเหล่านี้เรียกว่า “บริการสาธารณะ” ประโยชน์สาธารณะเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งของกฎหมายปกครองและเป็นสิ่งที่น่าสนใจในการวางกรอบอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ กิจกรรมที่ดำเนินการโดยเอกชนไม่สามารถจัดเป็นบริการสาธารณะ (service public) หากมิได้จัดทำขึ้นเพื่อสาธารณชนทั่วไป งานก่อสร้างต่างๆ ไม่จัดว่าเป็นงานโยธาสาธารณะหากมิได้จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อกิจกรรมใดเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะก็จะอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษที่เป็นสิ่งที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง นั่นคืออำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีผลบังคับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือบุคคลทั่วไป

ประโยชน์สาธารณะเป็นเรื่องที่มีลักษณะเป็นนามธรรม การให้ความหมายที่ชัดเจนครอบคลุมเป็นเรื่องที่ทำได้ยาก แนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะมาจากระบบกฎหมายและปรัชญาของยุโรปตะวันตกซึ่งมีลักษณะความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับประโยชน์ของปัจเจกชน คือ ฝ่ายปกครองนอกจากจะเป็นกลไกของฝ่ายบริหารในการบริหารงานเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ยังมีหน้าที่ในการพิทักษ์รักษาสิทธิของปัจเจกชนอีกด้วย ดังนั้นฝ่ายบริหารจึงต้องสร้างดุลยภาพระหว่างอำนาจของฝ่ายปกครองกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ทั้งนี้เพื่อเป็นมาตรฐานทางจริยธรรมของฝ่ายปกครองในการกล่าวอ้างให้ปัจเจกชนเสียสละเพื่อประโยชน์ส่วนรวม

อย่างไรก็ตาม แม้ไม่อาจให้ความหมายที่ชัดเจนของประโยชน์สาธารณะได้ แต่ประโยชน์สาธารณะนั้น มีลักษณะสำคัญอยู่ 3 ประการ<sup>82</sup> ดังนี้

#### ก. ประโยชน์สาธารณะเป็นเรื่องของความต้องการ

โดยธรรมชาติของมนุษย์จัดว่าเป็นสิ่งมีชีวิตที่มีสองสถานภาพ กล่าวคือ สถานภาพหนึ่งเป็นปัจเจกชน ส่วนอีกสถานภาพหนึ่งเป็นสมาชิกของสังคมที่ตนเองอยู่ด้วย และในฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคมนี้นี้ สมาชิกในสังคมนั้นมีความต้องการร่วมกันหลายประการ เช่น ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต ความสุขสบายจากคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น ซึ่งลักษณะดังกล่าวสามารถมองได้เป็นสองมิติ มิติแรกคือประโยชน์สาธารณะแสดงถึงความต้องการของคน แต่ถ้าความต้องการของคนแต่ละคนในสังคมตรงกันมากขึ้นเรื่อยๆ ก็จะทำให้ความต้องการเหล่านั้นกลายเป็นความต้องการของส่วนรวม ในทางตรงข้ามถ้าคนหมู่มากเห็นว่าสิ่งนั้นไม่จำเป็น สิ่งนั้นก็ไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะ การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นความต้องการของคนหมู่มากจึงเป็นเรื่อง “อัตวิสัย” แต่สามารถทำให้เป็น “ภาวะวิสัย” ได้โดยถือว่าผู้บัญญัติกฎหมายหรือรัฐสภา และศาลปกครองเท่านั้นที่จะสามารถชี้ขาด

<sup>82</sup> จาก “ทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกขอบเขตของกฎหมาย : ระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน”, โดย หัสวุฒิ วิทิตวิริยกุล, (2553, มิถุนายน), *วารสารนิติศาสตร์*, 20(5), 170.

ในขั้นสุดท้ายได้ว่าสิ่งเหล่านั้นเป็นความต้องการของส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะหรือไม่ สำหรับมิติที่สอง เป็นการพิจารณาถึงตัวบุคคลที่จะได้รับประโยชน์ หากรัฐทำสิ่งใดขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของรัฐเอง เช่น การหารายได้ มักเรียกว่า กิจกรรมเพื่อแสวงหากำไร ซึ่งโดยปกติแล้วไม่ถือเป็นความต้องการของคนส่วนใหญ่ จึงไม่เป็นบริการสาธารณะ

#### ข. ประโยชน์สาธารณะตอบสนองความจำเป็นของส่วนรวม

ประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น เป็นสวัสดิการเพื่อส่วนรวม กล่าวคือ เป็นกิจกรรมเพื่อความสบายของคนส่วนใหญ่ จึงมิได้หมายถึงกิจกรรมเพื่อประชาชนคนใดหรือกลุ่มใดโดยเฉพาะ หากพิจารณาในแง่มุมทางเศรษฐศาสตร์ “ส่วนรวม” คือ ผลรวมของประโยชน์ที่ปัจเจกชนแต่ละคนจะพึงได้รับ หมายความว่าถึงผลรวมของความต้องการของทุกคนคือความต้องการของส่วนรวม ความต้องการของส่วนรวมมีทั้งความต้องการพื้นฐาน เช่น ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต ทรัพย์สิน ความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง และความต้องการลำดับรองในเรื่องสวัสดิการสังคม เพื่อส่งเสริมคุณภาพชีวิตในด้านต่างๆ จะเห็นได้ว่าความต้องการทั้งสองประการล้วนเป็นความต้องการที่จำเป็น เมื่อคนในสังคมมีความต้องการเหมือนกัน ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ต้องสนองตอบโดยตนเองหรือการมอบอำนาจให้ผู้อื่นกระทำหน้าที่นั้นแทน

ค. ประโยชน์สาธารณะเป็นสิ่งสัมพัทธ์ คือแปรผันเปลี่ยนแปลงตลอดเวลาไปตามปัจจัยแวดล้อม ไม่ว่าจะเป็นด้านเนื้อหาหรือภารกิจของรัฐ เวลาหรือยุคสมัย สถานที่ และผู้มีหน้าที่ดำเนินการเพื่อสาธารณะประโยชน์

เนื่องจากประโยชน์สาธารณะเป็นเรื่องของความต้องการหรือความจำเป็นของส่วนรวม ประโยชน์สาธารณะจึงไม่ใช่เรื่องคงที่แน่นอนตลอดไป แต่จะมีลักษณะเป็น “พลวัตร” ซึ่งสัมพัทธ์ไปกับปัจจัยแวดล้อมต่างๆ

ในทางเนื้อหานั้น สาธารณะประโยชน์จะมีเนื้อหาเพียงใดขึ้นอยู่กับคตินิยมตามยุคสมัยนั้น กล่าวคือ ในสังคมดั้งเดิมภารกิจของฝ่ายปกครองจำกัดอยู่เพียงการรักษาความมั่นคงภายในประเทศ ความสงบเรียบร้อยภายใน การศึกษา การสาธารณสุข การคมนาคมขนส่ง ฯลฯ แต่เมื่อถึงยุคสมัยใหม่ คตินิยมทางเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ฝ่ายปกครองจึงมีภารกิจที่หลากหลายขึ้น เช่น การคุ้มครองรักษาสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองแรงงาน การจัดการผังเมือง การจัดการด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ ฯลฯ

ในด้านเวลาหรือยุคสมัยนั้น เมื่อเวลาได้ผ่านพ้นไปอาจทำให้สิ่งหนึ่งที่เคยเป็นความต้องการส่วนรวมไม่มีความจำเป็นหรืออยู่ในความต้องการอีกแล้ว จากสิ่งนั้นที่เคยเป็นประโยชน์สาธารณะ ก็ไม่เป็นอีกต่อไป

ในด้านสถานที่และผู้มีหน้าที่ดำเนินการนั้น สถานที่และผู้มีหน้าที่ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะจะผันแปรไปตามลักษณะของการบริหารจัดการ ไม่ว่าจะเป็นทั้งส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งแต่ละส่วนงานก็ต้องดำเนินการในขอบเขตและอำนาจหน้าที่ของตน

### 2.3.6 หลักแห่งความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจปกครองกับผู้อยู่ใต้อำนาจ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้อยู่ใต้อำนาจอย่างพอเหมาะ พอประมาณ และแม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งประเทศเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่จะมีได้กำหนดหลักการนี้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่ก็ถือว่าเป็น “หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป” และมีค่าบังคับเสมอกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ<sup>83</sup>

การพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการประสานประโยชน์ระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิของปัจเจกบุคคลจำเป็นต้องใช้หลักความได้สัดส่วน โดยหลักการนี้ประกอบด้วย การพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างการกระทำหรือมาตรการใดๆ ของฝ่ายปกครอง วัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครอง เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำ และผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำทางปกครองนั้น ว่ามีความเหมาะสม จำเป็น และสมเหตุสมผลหรือไม่ ทั้งนี้ จะต้องกระทบหรือเกิดความเสียหายต่อประชาชนน้อยที่สุด

หลักความได้สัดส่วนมีหลักการย่อยที่ต้องพิจารณาอยู่ 3 ประการ<sup>84</sup> ดังนี้

(1) หลักความสัมฤทธิ์ผล หรือหลักความเหมาะสม เป็นหลักการที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองพิจารณาทางเลือกในการออกคำสั่งหรือกระทำทางปกครองที่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ในเรื่องนั้น หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ได้ให้อำนาจไว้อย่างแน่นอนแล้ว ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่มีผลบังคับใช้ หลักความสัมฤทธิ์ผลหรือหลักความเหมาะสมนี้เรียกร้องความสัมพันธ์เชิงเหตุและผล ระหว่างมาตรการที่ฝ่ายปกครองนำออกมาใช้บังคับกับสิ่งที่กฎหมายที่ให้อำนาจเกี่ยวกับเรื่องนี้ออกมาตราบนั้น ประสงค์จะให้เกิดขึ้น ดังนั้น หลักการนี้จึงเป็นสิ่งเดียวกันกับสามัญสำนึก มาตรการที่ไม่อาจก่อให้เกิดผลตามที่ประสงค์ได้อย่างแน่แท้ หรือมาตรการที่ก่อให้เกิดผลตรงกันข้ามกับวัตถุประสงค์ จึงเป็นมาตรการที่ไร้ความหมายอย่างสิ้นเชิง ซึ่งหากฝ่ายปกครองตัดสินใจออกมาตรการที่ไม่สามารถดำเนินการให้ลุล่วงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ได้อย่าง

<sup>83</sup> ศูนย์ศึกษาคดีศาลปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ “หลักความได้สัดส่วน.” ภาค 1, น.1.

<sup>84</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. การควบคุมการใช้ดุลพินิจของทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ, *รวมบทความทางวิชาการในโอกาสครบรอบ 60 ปี คร.ปรีดี เกษมทรัพย์*, น.195-208.

แน่แท้ จึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าฝ่ายปกครองมีความมุ่งหมายจะใช้มาตรการนั้นเป็นเครื่องมือให้เกิดผลอย่างอื่นนอกเหนือจากผลที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้น และเข้าลักษณะเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ

(2) หลักความจำเป็น เป็นหลักการที่เรียกร้องให้พิจารณามาตรการหรือคำสั่งหลายๆ ประการซึ่งเป็นหนทางที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ทั้งสิ้น หากเป็นคำสั่งประเภทที่ให้ประโยชน์กับประชาชนแล้ว องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งหรือมาตรการที่มีผลให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุด และหากเป็นคำสั่งที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งหรือมาตรการที่มีผลกระทบต่อประชาชนน้อยที่สุด ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ย่อมเป็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) หลักแห่งความสมดุลหรือหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หลักการนี้เรียกร้องให้เกิดภาวะสมดุลระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเอกชน และประโยชน์ที่ส่วนรวมจะพึงได้รับจากการปฏิบัติการให้เป็นไปตามมาตรการทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้น หลักการดังกล่าวจึงห้ามฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกคำสั่งใดๆ ซึ่งเห็นได้ว่าหากลงมือปฏิบัติตามคำสั่งนั้นแล้ว จะเกิดประโยชน์แก่ประชาชนน้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดแก่ประชาชนหรือแก่สังคมส่วนรวม แม้ว่ามาตรการนั้นจะเหมาะสมและจำเป็นในการดำเนินการให้สำเร็จตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายก็ตาม การบังคับตามหลักแห่งความสมดุลหรือหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบอย่างเคร่งครัดนั้น จะทำให้มาตรการหรือกฎหมายต่างๆ ที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองออกเพื่อบังคับใช้กับประชาชนนั้น หากก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่าประโยชน์ฝ่ายปกครองต้องละเว้นการใช้อำนาจนั้น

โดยสรุปแล้ว สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนนั้น เป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ของส่วนได้เสียระหว่าง “ประโยชน์สาธารณะ” กับ “ประโยชน์ของเอกชน” เมื่อองค์กรของรัฐจะใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่ง จะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ วิธีการ และผลกระทบที่จะเกิดขึ้น ซึ่งมาตรการนั้นจะสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนก็ต่อเมื่อมาตรการนั้นมีความเหมาะสมตามหลักความสัมฤทธิ์ผล เป็นมาตรการที่ต้องใช้ตามหลักความจำเป็น และเป็นมาตรการที่สมเหตุสมผลหรือได้สมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของปัจเจกบุคคล

หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายไทยนั้น หากได้พิจารณากฎหมายแม่บทและกฎหมายลำดับรองจะพบว่าหลักความได้สัดส่วนอยู่เกือบทั้งหมด แต่ได้แสดงให้เห็นความชัดเจนที่แตกต่างกันไป อย่างไรก็ตามหลักความได้สัดส่วนปรากฏชัดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพุทธศักราช 2550 ซึ่งได้นำหลักความได้สัดส่วน หรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักการกระทำที่จำเป็น มาบัญญัติในมาตรา 29<sup>85</sup>

นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนถือเป็นหลักการสำคัญสำหรับองค์กรในกระบวนการยุติธรรมที่จะใช้เป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพที่อาจเกิดจากการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักการสำคัญ ได้ถูกนำมาเป็นข้อจำกัดในการใช้อำนาจรัฐไม่ให้เกินขอบเขตแห่งความเป็นธรรม

---

<sup>85</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 บัญญัติว่า

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”